

MASTER'S THESIS

De onzakelijke lening Is herkwalificatie naar eigen vermogen een betere oplossing voor de praktijk?

van Rooij, J.C.F.M.

Award date:

2020

Awarding institution:

Department of Constitutional Law, Administrative Law and Legal Theory

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



De onzakelijke lening

Is herkwalificatie naar eigen vermogen een betere oplossing voor de praktijk?

Door: J. (John) C.F.M. van Rooij

Studentnummer: 851681506

Begeleider: Dhr. dr. F.J. Elswelier

Examinator: Mw. prof. dr. C.M. Zoethout

Aantal woorden: 13.626.

Datum, 24 juni 2020.

Inhoudsopgave

Hoofdstuk / paragraaf	Pagina
Inhoudsopgave	2
Hoofdstuk 1: Inleiding	4
Paragraaf 1.1: De probleemstelling en deelvragen	4
Paragraaf 1.2: Het toetsingskader	4
Paragraaf 1.3: Verantwoording en opbouw	6
Hoofdstuk 2: De geldlening	7
Paragraaf 2.1: Inleiding	7
Paragraaf 2.2: Verschillende fiscale behandeling eigen- en vreemd vermogen	7
Paragraaf 2.3: De fiscale (her)kwalificatie van een geldlening	8
Paragraaf 2.3.1: De hoofdregel	8
Paragraaf 2.3.2: De uitzonderingen	8
Paragraaf 2.4: Conclusie	10
Hoofdstuk 3: De onzakelijke lening	11
Paragraaf 3.1: Inleiding	11
Paragraaf 3.2: Totaalwinst	11
Paragraaf 3.3: At Arm's Length	12
Paragraaf 3.4: Geen vierde uitzondering	12
Paragraaf 3.5: Definitie onzakelijke lening	12
Paragraaf 3.5.1: Gelieerdheid	13
Paragraaf 3.5.2: Debiteurenrisico	14
Paragraaf 3.5.3: Bijzondere omstandigheden	14
Paragraaf 3.5.4: De gevolgen van een onzakelijke lening	15
Paragraaf 3.6: Vormen van onzakelijke leningen	16
Paragraaf 3.6.1: De onzakelijke lening omlaag	16
Paragraaf 3.6.2: De onzakelijke lening omhoog	16
Paragraaf 3.6.3: De onzakelijke lening opzij	17
Paragraaf 3.7: Rente bij de onzakelijke lening	17
Paragraaf 3.8: Conclusie	18
Hoofdstuk 4: De onzakelijke lening in de literatuur	19
Paragraaf 4.1: Inleiding	19
Paragraaf 4.2: Aftrekbaarheid afwaarderingsverlies	19
Paragraaf 4.2.1: De onzakelijke lening omhoog	19
Paragraaf 4.2.2: De onzakelijke lening omlaag	20
Paragraaf 4.3: De rente op de onzakelijke lening in de literatuur	22
Paragraaf 4.4: De bijzondere omstandigheden in de literatuur	23
Paragraaf 4.5: De toetsingscriteria	23
Paragraaf 4.5.1: Rechtszekerheid	23
Paragraaf 4.5.2: Doeltreffendheid	25
Paragraaf 4.6: Conclusie	26

Hoofdstuk 1 Inleiding

Deze scriptie wordt geschreven in het kader van de Masteropleiding fiscaal recht bij de Open Universiteit. In de colleges met een fiscale inhoud kwam de onzakelijke lening vaak aan bod. Niet erg uitgebreid, maar genoeg om mijn interesse te wekken. Ik ben me bewust van het feit dat er al veel over de onzakelijke lening geschreven is. Veel van wat geschreven is gaat over wat een onzakelijke lening is en wat de fiscale gevolgen zijn van het aanmerken van een lening als onzakelijke lening. Wat niet veel aan bod is gekomen is of de belastingrechter wel de juiste keuze heeft gemaakt. Zou het niet beter zijn om de onzakelijke lening fiscaal te herkwalificeren naar eigen vermogen? Of is de huidige praktijk dat een onzakelijke lening vreemd vermogen blijft, maar in bepaalde gevallen als eigen vermogen wordt behandeld, correct, zodat een aanpassing niet nodig is?

1.1 De probleemstelling en deelvragen

Om te onderzoeken of de bestaande praktijk voldoet of een andere kwalificatie van de onzakelijke lening een betere oplossing is voor de praktijk heb ik de volgende probleemstelling geformuleerd:

Heeft de belastingrechter de juiste keuze gemaakt door de onzakelijke lening fiscaal niet te herkwalificeren naar eigen vermogen?

Om deze centrale probleemstelling te kunnen beantwoorden is een antwoord op enkele deelvragen noodzakelijk:

Deelvraag 1: Wat is het verschil tussen eigen vermogen en vreemd vermogen?

Deelvraag 2: Wat is een onzakelijke lening?

Deelvraag 3: Hoe wordt door de belastingrechter met de onzakelijke lening omgegaan?

Deelvraag 4: Wat zijn de meningen in de literatuur over het leerstuk van de onzakelijke lening dat door de belastingrechter is ontwikkeld?

Deelvraag 5: Wat zijn de gevolgen (voor- en nadelen) indien de onzakelijke lening wordt geherkwalificeerd naar eigen vermogen?

De deelvragen 1 t/m 3 betreffen de bestaande situatie en de deelvragen 4 en 5 geven een antwoord op de vraag of er een betere oplossing is dan de bestaande overwegingen in de jurisprudentie.

1.2 Het toetsingskader

Om de probleemstelling en enkele deelvragen te kunnen beantwoorden is een toetsingskader nodig. In de nota zicht op wetgeving van 1991¹ wordt in een toetsingskader voorzien. Mijn toetsingskader ontleen ik aan het toetsingskader uit die nota. In de nota worden zes toetsingscriteria genoemd: 1) rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen, 2) doeltreffendheid en doelmatigheid, 3) subsidiariteit en evenredigheid, 4) uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, 5) onderlinge afstemming en 6) eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.²

¹ Kamerstukken II 1990/91, 22008, 1-2, p. 1.

² Kamerstukken II 1990/91, 22008, 1-2, p. 23-30.

Het beoordelingsmoment of er sprake is van een onzakelijke lening is het moment van aangaan van die lening.³ Maar het moment van beoordelen door de belastingrechter of de Belastingdienst of het een onzakelijke lening betreft ligt vaak (ver) in de toekomst, vaak bij het moment van het afwaarderen van de lening. Een vorm van terugwerkende kracht dus. Ook een vergelijking met Schrödinger's cat kan hier gemaakt worden.⁴ Bij het aangaan van de lening is de lening zowel zakelijk als onzakelijk tegelijk. Dat is geen echt duidelijke en eenvoudige situatie. Brengen deze overwegingen de rechtszekerheid van de belastingplichtige in gevaar? De rechtszekerheid is te verdelen in de materiële rechtszekerheid en de formele rechtszekerheid. De materiële rechtszekerheid⁵ gaat onder andere over de terugwerkende kracht en de formele rechtszekerheid⁶ gaat meer over de duidelijkheid en eenvoud. Onder deze formele rechtszekerheid valt ook dat een belastingplichtige weet waar hij rechtens aan toe is en de aard en tijdstip van de rechtsgevolgen.⁷ Voor het ondernemerschap van de belastingplichtige is het van belang dat hij weet waar hij rechtens aan toe is bij het aangaan van de lening en dat die zakelijke lening niet later wordt omgezet in een onzakelijke lening. Het begrip rechtszekerheid voor de belastingplichtige is mijns inziens het overkoepelende begrip voor de toetsingscriteria 1 en 6 uit de nota zicht op wetgeving en voor mijn onderzoek geschikt om te gebruiken als toetsingscriterium.

Naast rechtszekerheid voor de belastingplichtige lijkt het me voor met name de overheid (Belastingdienst) relevant dat de regels rondom de onzakelijke lening doeltreffend, uitvoerbaar en handhaafbaar zijn (vergelijk toetsingscriteria 2 en 4 uit de nota zicht op wetgeving). Derhalve wil ik voor de Belastingdienst het overkoepelende toetsingscriterium doeltreffendheid gebruiken. Onder doeltreffendheid versta ik in mijn onderzoek de mate waarin de Belastingdienst onzakelijk handelen van de belastingplichtige kan bestrijden op een manier die uitvoerbaar en handhaafbaar is.

Met behulp van de bovenstaande twee toetsingscriteria wil ik de huidige stand van zaken omtrent de onzakelijke lening leer onderzoeken. Maar ook een eventuele nieuwe situatie, herkwalificatie van de onzakelijke lening naar eigen vermogen, wil ik met diezelfde twee toetsingscriteria gaan onderzoeken en beoordelen.

In mijn onderzoek zal ik eerst de huidige overwegingen van de belastingrechter en de huidige fiscale gevolgen van een onzakelijke lening bespreken. Want ik wil deze huidige stand van zaken gaan vergelijken met een situatie waarin de belastingrechter een andere afweging maakt, namelijk dat de onzakelijke lening zou worden geherkwalificeerd naar eigen vermogen. Dat laatste is het vernieuwende aspect in mijn scriptie.

³ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.5.

⁴ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442 (concl. 5.14 A-G P.J. Wattel).

⁵ Schlössels & Zijlstra 2010, p. 439.

⁶ Schlössels & Zijlstra 2010, p. 443.

⁷ Schlössels & Zijlstra 2010, p. 443.

1.3 Verantwoording en opbouw

De onzakelijke lening wordt niet in de wet genoemd. Er is ook geen wetsgeschiedenis omtrent de onzakelijke lening. Vandaar dat het onderzoek zich zal richten op uitspraken van de belastingrechter over de onzakelijke lening en de meningen over de onzakelijke lening in de literatuur. De huidige stand van zaken wordt weergegeven door de overwegingen van de belastingrechter kernachtig te bespreken. Dus zal er de nodige jurisprudentie over dit onderwerp aan de orde komen. De meningen omtrent de onzakelijke lening in de literatuur zijn van belang, omdat deze andere inzichten kunnen geven ten opzichte van de overwegingen van de belastingrechter. En deze inzichten zijn weer van belang om met behulp van het toetsingskader een evenwichtige analyse te kunnen maken over de wenselijkheid van een eventuele nieuwe situatie, namelijk het herkwalficeren van de onzakelijke lening naar eigen vermogen. Dus is het van belang om de meningen in de literatuur daarover te inventariseren. Daarmee wordt de scriptie veelal een literatuurstudie.

Gezien de tijd die voor dit onderzoek kan worden uitgetrokken, wordt volstaan met een representatieve selectie uit de literatuur en jurisprudentie. Daarnaast zal ik me beperken door alléén in te gaan op de problematiek van de vennootschapsbelasting en de problematiek van de inkomstenbelasting niet te behandelen in deze scriptie. Verder merk ik op dat niet alle in paragraaf 1.2 genoemde toetsingscriteria worden gebruikt, maar volsta ik met de voor mijn onderzoek twee meest relevante overkoepelende criteria (rechtszekerheid en doeltreffendheid), waarmee een evenwichtige analyse kan worden gemaakt. Daardoor komen argumenten voor en tegen de herkwalficatie van een onzakelijke lening naar eigen vermogen aan bod.

De opbouw van mijn scriptie is dat ik in hoofdstuk 2 zal beschrijven wat het verschil is tussen eigen vermogen en vreemd vermogen en wat de fiscale kwalificatie van een geldlening is. Hoofdstuk 3 staat in het teken van de onzakelijke lening. Voor het beschrijven van de huidige situatie omtrent de onzakelijke lening zal de jurisprudentie gebruikt worden. Daarna komen in hoofdstuk 4 de meningen in de literatuur omtrent de onzakelijke lening aan bod. Hoofdstuk 5 zal gaan over de gevolgen indien de onzakelijke lening zou worden geherkwalficeerd naar eigen vermogen. Met hoofdstuk 6 wordt de scriptie afgesloten door conclusies te trekken en de probleemstelling te beantwoorden.

Hoofdstuk 2 De geldlening

2.1 Inleiding

In de probleemstelling wordt melding gemaakt van het eventueel herkwalficeren van de onzakelijke lening naar eigen vermogen. Dan is het van belang om de verschillen in fiscale behandeling tussen het eigen vermogen en vreemd vermogen te beschrijven. Het onderzoek gaat over de onzakelijke geldlening. Het is van belang om eerst te beschrijven hoe leningen in het algemeen fiscaal worden gekwalificeerd. Er bestaat voor de fiscale kwalificatie van een geldlening een hoofdregel en enkele uitzonderingen op die hoofdregel. Deze beschrijving is van belang omdat ik daarna in het volgende hoofdstuk de onzakelijke geldlening, wat een subset is van geldleningen, kan beschrijven.

2.2 Verschillende fiscale behandeling eigen- en vreemd vermogen

Voor de belastingheffing is het van groot belang of een geldverstrekking tot het eigen vermogen of tot het vreemd vermogen moet worden gerekend.⁸ Een belangrijk verschil tussen eigen vermogen en vreemd vermogen is de verschillende behandeling van de vergoeding op beide vermogens.⁹ Vergoeding op eigen vermogen, dividend, is niet aftrekbaar van de winst.¹⁰ Bij de ontvanger van het dividend is veelal de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Een vergoeding op vreemd vermogen, rente, is wel aftrekbaar van de winst. Dit afgezien van eventuele renteaftrekbeperkingen.¹¹ Rente speelt zich wel af in het resultaat. De rente is aftrekbaar van de winst bij de leningontvanger. En de rente is bij de leningverstrekker belast als onderdeel van de winst.

Het tweede verschil tussen eigen vermogen en vreemd vermogen is de behandeling van een eventueel afwaarderingsverlies van een geldverstrekking. Een afwaarderingsverlies op eigen vermogen is fiscaal niet aftrekbaar want deze valt veelal onder de deelnemingsvrijstelling en een afwaarderingsverlies op vreemd vermogen is wel aftrekbaar van de winst op grond van het goed koopmansgebruik.¹² De geldverstrekking mag op grond van het voorzichtigheidsbeginsel¹³ (onderdeel van goed koopmansgebruik) worden afgewaardeerd tot de lagere waarde in het economische verkeer.

⁸ Albert 2014 - 1, p. 3.

⁹ Bouwman 2015, p. 1.

¹⁰ Art. 10 lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969.

¹¹ Bouwman 2015, p. 1.

¹² Art. 3.25 Wet IB 2001.

¹³ Heithuis, Kavelaars & Schuver 2011, p. 153-159.

2.3 De fiscale (her)kwalificatie van een geldlening

2.3.1 De hoofdregel

Valt een geldlening onder het eigen vermogen of het vreemd vermogen? Dat is van groot belang gezien de uiteenzetting in de vorige paragraaf. Wat civielrechtelijk onder eigen vermogen en vreemd vermogen wordt verstaan staat in de artikelen 2:373 BW tot en met 2:376 BW. Het civiele recht was lange tijd in de rechtswetenschap leidend en het bestuursrecht, waaronder het fiscale recht, werd als afgeleide daarvan gezien.¹⁴ Daarom is het niet zo vreemd dat bij een geldlening de civielrechtelijke vorm in beginsel beslissend is.¹⁵ Cruciaal is dat er sprake is van een terugbetalingsverplichting.¹⁶ Dat volgt ook uit artikel 7:129 BW.¹⁷ De conclusie is dus dat een geldlening in beginsel vreemd vermogen is.

2.3.2 De uitzonderingen

Een civielrechtelijke geldlening is dus in beginsel vreemd vermogen, maar hoe zit dit dan fiscaal? De Hoge Raad heeft bepaald dat er drie limitatieve uitzonderingen zijn waarbij een civielrechtelijke lening toch geen fiscale lening is en dus geen vreemd vermogen is, maar eigen vermogen is. Deze drie uitzonderingen zijn: 1) de schijnlening, 2) de bodemlozeputlening en 3) de deelnemerschapslening.¹⁸

Een lening is een schijnlening als er geen lening wordt beoogd, maar in werkelijkheid een kapitaalverstrekking wordt gedaan.¹⁹ De lening is misschien dan als een lening in een contract²⁰ vastgelegd, maar het staat bij aangaan van de lening al vast dat er geen terugbetaling zal plaatsvinden.²¹ Dat is op zich een moeilijk te bewijzen situatie en daarom komt deze lening in de praktijk niet veel voor.²²

Een lening is een bodemlozeputlening als bij aangaan van de lening reeds aanstonds duidelijk is dat er niet kan worden terugbetaald.²³ Van een bodemlozeputlening was sprake in het arrest van de Hoge Raad van 27 januari 1988.²⁴ Een bodemlozeputlening zijwaarts (een bodemlozeputlening tussen de ene zustermaatschappij en een andere zustermaatschappij met beiden dezelfde moedermaatschappij) is volgens Van den Dool e.a. niet mogelijk.²⁵ Dit wordt volgens hem dan fiscaal gekwalificeerd als een dividenduitkering van de uitlenende zustermaatschappij aan de moedermaatschappij en meteen daarna een informele kapitaalstorting van die moedermaatschappij aan de andere zustermaatschappij.²⁶

¹⁴ Okhuizen 2018, p. 1.

¹⁵ HR 8 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2327, r.o. 3.3.

¹⁶ HR 8 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2327, r.o. 3.4 en Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442 bij HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, concl. 5.3.

¹⁷ Snijders 2019, p. 1.

¹⁸ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.1.

¹⁹ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.1.

²⁰ Van den Dool e.a. 2012, p. 117.

²¹ HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, m.nt. W.F.E.M. Egelie nt. 3.2.1.

²² Van den Dool e.a. 2012, p. 118.

²³ HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, m.nt. W.F.E.M. Egelie nt. 3.2.1. en Heithuis, Kavelaars & Schuver 2011, p. 396.

²⁴ HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, m.nt. G. Slot.

²⁵ Van den Dool e.a. 2012, p. 120.

²⁶ Van den Dool e.a. 2012, p. 120.

Ook een bodemlozeputlening omhoog (van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij) is niet mogelijk. Dat wordt fiscaal gekwalificeerd als een dividenduitkering van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij.²⁷ Conclusie is dat een bodemlozeputlening alleen kan bestaan in een lening omlaag, van een moedermaatschappij aan een dochtermaatschappij. En die bodemlozeputlening wordt dan fiscaal gezien als het inbrengen van eigen vermogen van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij. De deelneming van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij wordt daarmee verhoogd. De verkrijgingsprijs van de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij wordt met de hoogte van de bodemlozeputlening dus verhoogd.

Er is overigens geen eenduidige mening of een bodemlozeputlening omhoog of een schijnlening omhoog mogelijk is. A-G Wattel noemt deze mogelijkheid wel in zijn conclusie.²⁸

De derde uitzondering is de zogenaamde deelnemerschapslening.²⁹ De voorwaarden voor een deelnemerschapslening zijn geconcretiseerd door de Hoge Raad. In eerste instantie door een uitspraak van de Hoge Raad van 11 maart 1998.³⁰ Uit dit arrest komen de volgende drie cumulatieve voorwaarden naar voren: 1) de vergoeding voor de lening is winstafhankelijk, 2) de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en 3) de schuld heeft geen vaste looptijd en is pas opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie.³¹ Daarna heeft de Hoge Raad de eerste voorwaarde aangescherpt. De vergoeding van de lening is ook winstafhankelijk als deze vrijwel geheel winstafhankelijk is.³² En ook de derde voorwaarde werd aangescherpt. De schuld heeft ook geen vaste looptijd als de looptijd langer is dan 50 jaar.³³ De deelnemerschapslening is ook wettelijk vastgelegd in artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969. Uit dit artikel volgt dat zowel een waardemutatie van deze lening als de vergoeding op deze lening niet in aftrek van de winst komen. Daarmee wordt deze lening dus fiscaal geherkwalificeerd naar eigen vermogen. Het is wel zo dat de tekst uit de Wet VPB 1969 niet zo gedetailleerd is als de jurisprudentie. Volgens Van den Dool e.a.³⁴ is het mogelijk dat de deelnemerschapslening ook kan voorkomen in een zijwaartse relatie (tussen zustermaatschappijen) als de relatie omhoog (van dochtermaatschappij naar moedermaatschappij).

²⁷ Van den Dool e.a. 2012, p. 121.

²⁸ HR 14 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442 (concl. 7.6 A-G P.J. Wattel).

²⁹ Art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969.

³⁰ HR 11 maart 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AA2453, r.o. 3.3, m.nt. G. Slot.

³¹ Van den Dool e.a. 2012, p. 119.

³² HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5958, r.o. 3.2, m.nt. D. Juch.

³³ Van den Dool e.a. 2012, p. 119 en Heithuis, Kavelaars & Schuver 2011, p. 396.

³⁴ Van den Dool e.a. 2012, p. 120.

2.4 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht wat het fiscale verschil is tussen eigen vermogen en vreemd vermogen en hoe een geldverstrekking wordt gekwalificeerd. Er is een duidelijk verschil in de fiscale behandeling van het eigen vermogen en vreemd vermogen. Het betreft twee relevante verschillen voor mijn onderzoek: de fiscale behandeling van het afwaarderingsverlies van de geldverstrekking en de fiscale behandeling van een vergoeding op die geldverstrekking. Een afwaarderingsverlies op eigen vermogen is fiscaal niet aftrekbaar van de winst, omdat dit veelal onder de deelnemingsvrijstelling valt. En een afwaarderingsverlies op vreemd vermogen is wel aftrekbaar van de winst. Verder is een vergoeding op eigen vermogen niet aftrekbaar van de winst en maakt een vergoeding op vreemd vermogen wel onderdeel uit van het resultaat. Deelvraag 1 is hiermee beantwoord.

Een geldlening is fiscaal gezien in beginsel vreemd vermogen. Dat is de hoofdregel. De uitzonderingen betreffen de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. Als een geldlening onder één van deze drie uitzonderingen valt, dan wordt de lening fiscaal gezien als eigen vermogen.

Hoofdstuk 3 De onzakelijke lening

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een soort van definitie gegeven van een onzakelijke lening. Om die definitie te kunnen begrijpen is het nodig om vooraf enkele essentiële begrippen te introduceren, zoals de totaalwinst en het 'at arm's length'-beginsel. De definitie van een onzakelijke lening komt daarna aan bod. In die definitie van de onzakelijke lening worden weer enkele begrippen genoemd zoals gelieerdheid, debiteurenrisico en bijzondere omstandigheden. Die begrippen worden ook in dit hoofdstuk uitgewerkt. Verder wordt nog aandacht besteed aan de verschillende vormen van onzakelijke leningen en de rente die van toepassing is op de onzakelijke lening. Dit hoofdstuk is van belang omdat het onderzoek, zie de probleemstelling, gaat over de onzakelijke lening.

3.2 Totaalwinst

De totaalwinstconceptie³⁵ is een cruciaal begrip voor het begrijpen van de onzakelijke lening, vandaar dat ik even de tijd neem om dat begrip uit te leggen. De totaalwinstconceptie betreft artikel 3.8 Wet IB 2001 en luidt als volgt: "*Winst uit een onderneming (winst) is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welk vorm dan ook, worden verkregen uit onderneming*". Dit artikel geldt ook voor de vennootschapsbelasting door middel van een schakelbepaling en wel artikel 8 Wet VPB 1969. Er zijn enkele beroemde arresten aangaande de totaalwinstconceptie als het *Cessa II*-arrest³⁶, het *renpaarden*-arrest³⁷ en het *Bentley*-arrest.³⁸ Om de totaalwinstconceptie uit te leggen neem ik het *renpaarden*-arrest als voorbeeld. Bij het *renpaarden*-arrest ging het erom dat kosten van twee renpaarden (met daarbij ook de kosten van deelname aan drafwedstrijden) op de vennootschap werden genomen. Een deel van die kosten was voor promotiedoeleinden en werd geaccepteerd door de Belastingdienst, maar een ander deel van de kosten werd niet geaccepteerd door de Belastingdienst en werd gezien als het bevredigen van een persoonlijke behoefte van de aandeelhouder. Dit laatste element mag de belastingrechter of Belastingdienst toetsen.³⁹ Het verbod op toetsing van ondernemersbeleid blijft overigens gewoon in stand.⁴⁰ Maar alléén voordelen en nadelen *uit* onderneming mogen dus worden meegenomen in de bepaling van de winst. Het woord "uit" geeft aan dat er een causaal verband moet bestaan tussen het resultaat en de onderneming.⁴¹ De voordelen en nadelen die opkomen in de privésfeer of de aandeelhouderssfeer zijn niet belast of aftrekbaar.⁴²

³⁵ Art. 3.8 Wet IB 2001.

³⁶ HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871, m.nt. P.H.J. Essers.

³⁷ HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, m.nt. G.T.K. Meussen.

³⁸ HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9548, m.nt. P.G.H. Albert.

³⁹ HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, m.nt. G.T.K. Meussen.

⁴⁰ HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, m.nt. G.T.K. Meussen.

⁴¹ Albert 2014 - 1, p. 21.

⁴² Albert 2014 - 1, p. 21.

3.3 At arm's length

Een ander belangrijk begrip om de jurisprudentie en de literatuur omtrent de onzakelijke lening te kunnen begrijpen is het 'at arm's length'-beginsel uit artikel 8b Wet VPB 1969. Dit beginsel houdt in dat de winst geschoond moet worden van alle elementen die niet voortvloeien uit de onderneming, maar opkomen in de privésfeer of de aandeelhouderssfeer.⁴³ Het komt erop neer dat er altijd zakelijk gehandeld moet worden alsof met een onafhankelijke derde wordt gehandeld.

3.4 Geen vierde uitzondering

Een lening, onzakelijk of niet, blijft fiscaal een lening. De Hoge Raad heeft bepaald dat de onzakelijke lening niet een vierde uitzondering is en dus is deze lening fiscaal gezien in beginsel vreemd vermogen.⁴⁴ Volgens de Hoge Raad is de civielrechtelijke vorm bepalend en zijn er maar drie uitzonderingen: de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening.⁴⁵ De overweging van de Hoge Raad om geen vierde uitzondering toe te staan is dat het niet past in het wettelijke systeem om in geval waarin naar de vorm sprake is van een geldlening en niet één van de eerder genoemde drie uitzonderingen sprake is, voor de fiscale winstberekening toch zou worden uitgegaan van het verstrekken van eigen vermogen.⁴⁶ Er wordt een geldlening beoogd en dus is er in beginsel sprake van vreemd vermogen.

3.5 Definitie onzakelijke lening

Wat een onzakelijke lening is wordt door de Hoge Raad als volgt verwoord: "*Als er geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken aan de met de vennootschap gelieerde partij, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, moet worden verondersteld dat bij die verstrekking door de vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen. Alsdan moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat de betrokken vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel dochtervennootschap te dienen*". De woorden in het begin 'Als er' heb ik toegevoegd om het citaat goed te laten lopen.⁴⁷

In deze definitie zit zowel het 'at arm's length'-beginsel (de onafhankelijke derde) als de totaalwinstconceptie (het risico is aanvaard met de bedoeling het belang van de aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen). Als er een rente gevonden zou kunnen worden waarbij een derde wél bereid zou zijn om diezelfde lening te verstrekken, dan kan de lening worden verzakelijkt (at arm's length).⁴⁸ Dan was de lening eerst een lening onder onzakelijke voorwaarden en na de aanpassing van de rente weer een

⁴³ Marres 2015, p. 1.

⁴⁴ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.1.

⁴⁵ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.1.

⁴⁶ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.1.

⁴⁷ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.3.

⁴⁸ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.2.

gewone lening.⁴⁹ Aan een onzakelijke lening wordt dan niet toegekomen, omdat er een onafhankelijke derde gevonden is die deze lening ook zou verstrekken. Daarnaast kunnen er ook nog bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, waardoor de lening toch geen onzakelijke lening is. Om de definitie en alle elementen die een lening onzakelijk maken goed te kunnen begrijpen zal ik in de volgende paragrafen deze elementen beschrijven.

3.5.1. Gelieerdheid

De onzakelijke lening geldt in een gelieerde relatie tussen vennootschappen. Wat houdt dat in? In een juridisch woordenboek wordt gelieerd vertaald met het woord verbonden. Maar een verbonden vennootschap heeft in de VPB al een betekenis.⁵⁰ Een vennootschap is met een andere vennootschap verbonden, indien de ene vennootschap ten minste 1/3 belang heeft in de andere vennootschap. Uit arresten van de Hoge Raad is bekend dat een belang van 23,16%⁵¹ of een belang van 15,83%⁵² als gelieerde vennootschappen werden beoordeeld. Dus gelieerd zijn is fiscaal niet hetzelfde als verbonden zijn. De Raad van State adviseerde om bij gelieerdheid van artikel 8b Wet VPB 1969 uit te gaan van artikel 10a lid 4 en 5 Wet VPB 1969.⁵³ Dus een belang van ten minste 1/3. Deze aanbeveling van de Raad van State is niet overgenomen, omdat niet te kwantificeren valt bij welk percentage partijen geneigd zouden zijn om op onzakelijke voorwaarden met elkaar te handelen en dat dit van geval tot geval kan verschillen.⁵⁴

De Belastingdienst geeft in haar stappenplan aan dat van gelieerdheid geen sprake is bij minder dan 16%.⁵⁵ Dan is een geldlening ondanks de onzakelijke voorwaarden in beginsel zakelijk. Op zich is dit opmerkelijk omdat eerder een percentage van 15,83% wel als gelieerd werd beschouwd. De Belastingdienst baseert het gelieerd zijn op artikel 8b Wet VPB 1969.⁵⁶ Hoe ze dan aan die 16% komen is mij niet duidelijk.

Een soort van uitzondering vormt de uitspraak van de Hoge Raad van 28 februari 2014.⁵⁷ Bij het verstrekken van de lening had de betreffende vennootschap nog geen aandelen in de geldontvangende vennootschap. In het kader van die lening werd de geldverstrekken vennootschap aandeelhouder in de geldontvangende vennootschap. Dan is er volgens de Hoge Raad geen sprake van gelieerdheid. Hier is in beginsel geen sprake van een onzakelijke lening, omdat de lening eerst ontstaat en daarna de gelieerdheid tussen de vennootschappen ontstaat.⁵⁸ Dit staat bekend als de

⁴⁹ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442 (concl. 5.8 A-G P.J. Wattel) en HR 14 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442 (concl. 5.8 A-G P.J. Wattel).

⁵⁰ Art. 10a lid 4 Wet VPB 1969.

⁵¹ HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108.

⁵² HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645.

⁵³ Kamerstukken II 2001/02, 28034, A, p. 7.

⁵⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28034, A, p. 7.

⁵⁵ Brief van de Staatssecretaris, 2017-0000164133, bijlage 3, p. 5.

⁵⁶ Brief van de Staatssecretaris, 2017-0000164133, bijlage 3, p. 5.

⁵⁷ HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, m.nt. P.G.H. Albert.

⁵⁸ HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, r.o. 3.3.3.1.

simultaanuitzondering.⁵⁹ Deze simultaanuitzondering is overigens alleen mogelijk in een relatie van moedermaatschappij naar dochtermaatschappij (lening omlaag).⁶⁰

Toch is een lening zonder dat de debiteur en crediteur gelieerd zijn niet altijd een zakelijke lening. Ook zonder dat er sprake is van gelieerdheid, kan de lening onzakelijk zijn. Dat is bijvoorbeeld als de lening wordt verstrekt op grond van persoonlijke betrekkingen (bijvoorbeeld relatie ouder en kind) tussen geldverstrekker en geldontvanger.⁶¹

3.5.2 Debiteurenrisico

Een verstrekker van een lening neemt altijd een bepaald risico. In gelieerde relaties moet altijd afgestemd worden of de voorwaarden waaronder de lening wordt verstrekt ook de voorwaarden⁶² (hoogte rentepercentage, zekerheden, aflossingsschema, looptijd) zijn die een onafhankelijke derde zou eisen. Is er geen onafhankelijke derde (bijvoorbeeld een bank) te vinden die onder dezelfde voorwaarden een lening zou willen verstrekken, dan kan er sprake zijn van een onzakelijke lening. Een praktisch probleem daarbij is dat de beoordeling of een lening onzakelijk is wordt gedaan op het moment van aangaan van die lening.⁶³ Is er bijvoorbeeld een financiële of economische crisis dan is zo'n onafhankelijke derde vrijwel niet te vinden.⁶⁴ Door de criteria die de Hoge Raad aanlegt is het de vraag of nog veel leningen in gelieerde situaties worden verleend.⁶⁵ En wanneer banken ook nog eens vanwege economisch zware tijden geen leningen meer verstrekken, dan kan alleen worden teruggevallen op de gelieerde partijen.⁶⁶ Dan is de vennootschap die een lening nodig heeft misschien wel alleen aangewezen op een gelieerde vennootschap met alle fiscale gevolgen van dien.

3.5.3 Bijzondere omstandigheden

Een onzakelijke lening kan toch in zijn geheel fiscaal als vreemd vermogen worden behandeld als er sprake is van een zogenaamde bijzondere omstandigheid.⁶⁷ De bewijslast dat er sprake is van een onzakelijke lening ligt bij de Belastingdienst.⁶⁸ De bewijslast dat er van een bijzondere omstandigheid sprake is ligt bij de belastingplichtige.⁶⁹

De Hoge Raad heeft in het arrest van 14 oktober 2016⁷⁰ concreet invulling gegeven aan de bijzondere omstandigheden.⁷¹ Het betrof een zaak waarin een dochtermaatschappij een lening verstrekke aan een andere dochtermaatschappij van

⁵⁹ Albert 2014 - 1, p. 12.

⁶⁰ Albert 2014 - 1, p. 12.

⁶¹ Albert 2017, p. 10.

⁶² Snijders 2019.

⁶³ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.5.

⁶⁴ Van den Hurk 2013, p. 1.

⁶⁵ Van den Hurk 2013, p. 1.

⁶⁶ Ganzeveld & Hoeve 2011, p. 10.

⁶⁷ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.3.

⁶⁸ Albert 2014 - 1, p. 10.

⁶⁹ Elling & Tulp 2017, p. 3-4.

⁷⁰ HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2340.

⁷¹ Elling & Tulp 2017, p. 3.

dezelfde moedermaatschappij. Een zijwaartse lening dus. De geldverstrekken- de dochtermaatschappij kreeg door de andere dochtermaatschappij toegang tot een markt, waartoe zij anders geen toegang zou krijgen.⁷² Volgens de Hoge Raad is het van belang dat die omstandigheid van voldoende gewicht is om het debiteurenrisico te aanvaarden.⁷³ Onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden zou ook in niet gelieerde verhoudingen dit debiteurenrisico genomen worden vanwege de zakelijke relatie.⁷⁴ De Hoge Raad heeft in dit arrest de zaak terugverwezen naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Dit Hof heeft het voldoende gewicht-criterium materieel getoetst door na te gaan of de te verwachten extra omzet (vanwege de toegang tot een nieuwe markt) voldoende was om het debiteurenrisico te aanvaarden.⁷⁵ Dat was volgens het Hof het geval, waardoor hier sprake was van een bijzondere omstandigheid. Dat lijkt erg op het afnemers- en leveranciersbelang dat door A-G Wattel⁷⁶ is genoemd als mogelijke bijzondere omstandigheid. Volgens A-G Wattel⁷⁷ is zo'n bijzondere omstandigheid aanwezig als de crediteur in een nog andere relatie, dan de gelieerde relatie, staat tot de debiteur. Bijvoorbeeld als afnemer of leverancier. Of als de crediteur geen keuze heeft, bijvoorbeeld omdat afdwinging van betaling de debiteur om zeep zou helpen.⁷⁸

Ik ben het eens met Elling & Tulp⁷⁹ dat dit een erg beperkte uitleg van een bijzondere omstandigheid is. Bijvoorbeeld in een financiële crisis, is het lenen van een onafhankelijke derde vrijwel onmogelijk. Dan is toevlucht zoeken tot een gelieerde vennootschap niet zo gek. Nu is er een gezondheids crisis die te maken heeft met het Corona virus. Is in deze tijd dit dan een bijzondere omstandigheid? Bij een financiële crisis was die bijzondere omstandigheid niet aanwezig. Maar de Corona crisis wordt de grootste crisis in Nederland sinds de Tweede Wereldoorlog genoemd. Is er dan wel sprake van een bijzondere omstandigheid zoals bedoeld door de Hoge Raad? In het geval van de Corona crisis zou sprake kunnen zijn van een bijzondere omstandigheid, omdat bij het niet verstrekken van de lening de leningontvangende vennootschap failliet zou kunnen gaan en dat kan dan ook weer gepaard gaan met het verlies van afzetmarkten. Dat zou dan een situatie zijn van voldoende gewicht. In dat licht bezien zou de Corona crisis een bijzondere omstandigheid zijn. Het is zelfs mogelijk dat met dit voldoende gewicht-criterium ook een financiële crisis als een bijzondere omstandigheid kan worden aangemerkt.

3.5.4 De gevolgen van een onzakelijke lening

Het belangrijkste fiscale gevolg van de onzakelijke lening is dat een eventueel afwaarderingsverlies op die lening niet aftrekbaar is van de winst. De onzakelijke lening blijft fiscaal een lening, waardoor er rente betaald moet worden over het bedrag van die lening. Later in het onderzoek, in de paragrafen 3.6, 3.7, 4.2 en 4.3 kom ik uitgebreid terug op de gevolgen daarvan.

⁷² Elling & Tulp 2017, p. 3.

⁷³ HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2340, r.o. 2.4.3.

⁷⁴ HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2340, r.o. 2.4.3.

⁷⁵ Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4427, r.o. 4.11.

⁷⁶ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW1971 (concl. 5.6 A-G P.J. Wattel).

⁷⁷ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW1971 (concl. 5.6 A-G P.J. Wattel).

⁷⁸ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW1971 (concl. 5.6 A-G P.J. Wattel).

⁷⁹ Elling & Tulp 2017, p. 1.

3.6 Vormen van onzakelijke leningen

Een onzakelijke lening heeft verschillende verschijningsvormen. Zo is uit de jurisprudentie en literatuur de onzakelijk lening omlaag, de onzakelijke lening omhoog en de onzakelijke lening opzij bekend. Deze verschillende vormen zijn al eerder genoemd in dit hoofdstuk en vorige hoofdstukken.

3.6.1 De onzakelijke lening omlaag

Een voorbeeld van een onzakelijke lening omlaag is als de moedermaatschappij een lening verstrekt aan een dochtermaatschappij. Deze figuur is door de Hoge Raad beoordeeld.⁸⁰ In dit arrest besliste de Hoge Raad dat de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij gelieerd zijn met elkaar. Dat is volgens het arrest en de definitie van een onzakelijke lening van groot belang. Verder was de lening onder zodanige voorwaarden aangegaan dat een derde dit debiteurenrisico niet zou nemen.⁸¹ De moedermaatschappij heeft dit debiteurenrisico aanvaard vanwege de aandeelhoudersrelatie.⁸² In het arrest van de Hoge Raad van 9 mei 2008⁸³ werd overwogen dat de afwaardering van de geldlening "in zoverre" niet aftrekbaar is van de winst. Dat gaf aanleiding om te veronderstellen dat een lening voor een deel onzakelijk is (het afgewaardeerde deel) en voor het andere deel gewoon een zakelijke lening zou blijven.⁸⁴ Maar later bleek dat de Hoge Raad de gehele lening zakelijk of onzakelijk zou beschouwen.⁸⁵ Bij één leningovereenkomst behoort één debiteurenrisico.⁸⁶ Dat geldt trouwens voor alle vormen van onzakelijke leningen.

Het gevolg van het feit dat de lening als een onzakelijke lening omlaag moet worden behandeld is dat een eventueel afwaarderingsverlies op die lening niet aftrekbaar is van de winst. De lening wordt dan behandeld als ware het eigen vermogen en daarmee valt de afwaardering onder de deelnemingsvrijstelling. De lening wordt dan wel behandeld als ware het eigen vermogen, de lening zelf blijft gewoon vreemd vermogen waardoor er rente over die lening betaald moet worden. Bij kwijtschelding van de vordering of bij liquidatie van de dochtermaatschappij wordt het opgeofferde bedrag van de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij verhoogd met het afwaarderingsverlies van de lening.⁸⁷ Zo kan het afwaarderingsverlies nog genomen worden als liquidatieverlies.⁸⁸

3.6.2 De onzakelijke lening omhoog

Een onzakelijke lening omhoog ontstaat wanneer een dochtermaatschappij een lening verstrekt aan haar moedermaatschappij. Deze figuur is door de Hoge Raad beoordeeld.⁸⁹ Van gelieerdheid was hier ook sprake. Ook hier was de lening onder

⁸⁰ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442.

⁸¹ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.3.

⁸² HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.3.

⁸³ HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.4.

⁸⁴ Engelen & Van Scharrenburg 2008, p. 4-5.

⁸⁵ De Soeten 2014, p. 4.

⁸⁶ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.5.

⁸⁷ HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, r.o. 3.3.4.3.

⁸⁸ HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, r.o. 4.12.2.

⁸⁹ HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108.

zodanige voorwaarden aangegaan dat een derde dit debiteurenrisico niet zou nemen.⁹⁰ De dochtermaatschappij heeft dit debiteurenrisico aanvaard om het belang van de aandeelhouder (moedermaatschappij) te dienen.⁹¹

Het gevolg van het feit dat de lening als een onzakelijke lening omhoog moet worden behandeld is dat een eventueel afwaarderingsverlies op die lening niet aftrekbaar is van de winst. De lening wordt dan behandeld als ware het eigen vermogen en het afwaarderingsverlies wordt dan verwerkt als een uitdeling van de winst. De lening wordt dan wel behandeld als ware het eigen vermogen, de lening zelf blijft gewoon vreemd vermogen waardoor er rente over die lening betaald moet worden.

3.6.3 De onzakelijke lening opzij

Een voorbeeld van zo'n lening is als een dochtermaatschappij een lening verstrekt aan een andere dochtermaatschappij van dezelfde moedermaatschappij. Deze figuur is door de Hoge Raad beoordeeld.⁹² Volgens Albert⁹³ is de onzakelijke lening opzij geen afzonderlijke categorie, maar een variant op de onzakelijke lening omhoog. Ik ben het met Albert eens dat dit zo is. Vandaar dat ik niet verder zal ingaan op deze vorm van onzakelijke lening.

3.7 Rente bij de onzakelijke lening

De onzakelijke lening blijft vreemd vermogen en dus zal er rente vergoed moeten worden op die lening. Normaal gesproken is de rente bij de leningontvanger aftrekbaar van de winst en bij de leningverstrekker is die rente een belast onderdeel van de winst. Maar omdat er geen rente bepaald kon worden waardoor het onzakelijke element 'rente' kon worden weggenomen is het niet zo makkelijk om een rente te bepalen bij een onzakelijke lening.

Eerst overweegt de Hoge Raad dat de rente bij een onzakelijke lening omlaag, de moedermaatschappij een rente in rekening moet brengen die ontdaan is van elke opslag voor het debiteurenrisico.⁹⁴ Dat zou als nadeel hebben dat er eventueel een heffingslek⁹⁵ zou kunnen ontstaan indien de moedermaatschappij de lening bij een derde (een bank bijvoorbeeld) zou financieren. Hoe zit dat nu met het heffingslek? Stel de moedermaatschappij leent een bedrag van een onafhankelijke derde (een bank). Stel de risicovrije rente is 1% en de opslag voor debiteurenrisico is 4%. Dan leent de moedermaatschappij dus tegen 5% van de bank. Als bij het doorlenen de moedermaatschappij het rentepercentage van elke opslag voor het debiteurenrisico zou moeten ontdoen, dan zou de moedermaatschappij dus tegen 1% doorlenen aan de dochtermaatschappij. De moedermaatschappij zal in deze situatie structureel verlies lijden (5% rente moeten betalen en 1% rente ontvangen) op deze lening. Daar zit dan een potentieel heffingslek en dat wilde de Hoge Raad voorkomen.

⁹⁰ HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.4.

⁹¹ HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, r.o. 3.4.

⁹² HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645.

⁹³ Albert 2014 - 2, p. 1.

⁹⁴ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.3.

⁹⁵ Auerbach 2018, p. 2.

De Hoge Raad heeft dit probleem opgelost met de zogenaamde borgstellingsanalogie.⁹⁶ De Hoge Raad⁹⁷ overweegt dat: *"Het debiteurenrisico dat een vennootschap bij het verstrekken van een onzakelijke lening aanvaardt, is te vergelijken met een risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap"*.

Die onafhankelijke derde is dan bijvoorbeeld weer een bank. Met deze borgstellingsanalogie zal de moedermaatschappij in het bovenstaande voorbeeld 5% rente in rekening brengen, zodat de moedermaatschappij 5% rente van de dochtermaatschappij ontvangt en 5% rente zal moeten betalen aan de bank.⁹⁸ Wordt de rente niet betaald dan valt ook die rente onder hetzelfde regime als het afwaarderingsverlies. Volgens de Hoge Raad valt de rente dan ook onder de kapitaalsfeer.⁹⁹ Dit is pas aan de orde nadat de rentetermijn verschuldigd is geworden.¹⁰⁰ Om toch tot de juiste totaalwinst te komen moet de waarde van de onzakelijke lening worden vastgesteld op de waarde in het economische verkeer en de rente wordt over die waarde berekend.¹⁰¹

Ideaal is het niet, maar door rente is de lening nog een echte lening. Als er geen rente in aanmerking wordt genomen, dan is het amper nog een lening. Dan is het terugbetalingscriterium nog het enige wezenlijke kenmerk om de onzakelijke lening nog als een lening en dus vreemd vermogen te kunnen beschouwen.

3.8 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik beschreven wat een onzakelijke lening is. Van belang is dat er geen onafhankelijke derde gevonden kan worden die de betreffende lening onder dezelfde voorwaarden zou verstrekken. Er wordt door de geldverstrekker een debiteurenrisico genomen dat een onafhankelijke derde niet zou nemen. Dat is de essentie van een onzakelijke lening en daarmee is ook deelvraag 2 beantwoord. Een bijzondere omstandigheid (het voldoende gewicht-criterium) kan er nog voor zorgen dat de onzakelijke lening fiscaal toch als zakelijk wordt behandeld.

De belastingrechter heeft beslist dat een eventueel afwaarderingsverlies op die onzakelijke lening niet aftrekbaar is van de winst. Bij een onzakelijke lening omlaag is dat vanwege de deelnemingsvrijstelling en bij een onzakelijke lening omhoog vanwege de totaalwinstconceptie. Dat is meteen het belangrijkste gevolg van de uitspraak van de belastingrechter. Naast de problematiek rondom het afwaarderingsverlies is er ook een probleem met de rente. Want welk rentepercentage moet worden gebruikt bij een onzakelijke lening? De belastingrechter heeft dit opgelost middels de borgstellingsanalogie en later met een rente die gebaseerd is op de waarde in het economische verkeer van de onzakelijke lening. Met deze twee vaststellingen is antwoord gegeven op deelvraag 3.

⁹⁶ Albert 2017, p. 28.

⁹⁷ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.3.

⁹⁸ Het voorbeeld komt uit het artikel van Auerbach. Auerbach 2018, p. 2.

⁹⁹ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.6.

¹⁰⁰ HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6552, r.o. 3.5.2.

¹⁰¹ HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6552, r.o. 3.5.2.

Hoofdstuk 4 De onzakelijke lening in de literatuur

4.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is de jurisprudentie aan de orde geweest betreffende de onzakelijke lening. In dit hoofdstuk ga ik de theoretische fundering analyseren met gebruikmaking van de vakliteratuur en daarbij ook aangeven hoe deze zich verhouden tot de toetsingscriteria die ik heb genoemd in de inleiding, namelijk de rechtszekerheid en de doeltreffendheid.

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat de onzakelijke lening opzij een variant is op de onzakelijke lening omhoog. Vandaar dat in de uitwerking van de gevolgen alléén de onzakelijke lening omlaag en de onzakelijke lening omhoog aan de orde komen

4.2 Aftrekbaarheid afwaarderingsverlies

4.2.1 De onzakelijke lening omhoog

Van een lening omhoog is sprake indien een dochtermaatschappij een lening verstrekt aan haar moedermaatschappij.

Volgens Albert¹⁰² is het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omhoog niet aftrekbaar van de winst vanwege de totaalwinstconceptie.¹⁰³ Deze geldt ook voor de vennootschapsbelasting.¹⁰⁴ Het afwaarderingsverlies op de onzakelijke lening vormt een onttrekking vanwege het gelopen debiteurenrisico, dat een onafhankelijke derde niet zou nemen, en is dus niet aftrekbaar van de winst. Daarnaast past volgens Albert het 'at arm's length'-beginsel in combinatie met artikel 3.8 Wet IB 2001 goed in het wettelijk systeem.¹⁰⁵

Egelie¹⁰⁶ stoelt de niet aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies van een onzakelijke lening omhoog op het 'at arm's length'-beginsel. Volgens hem is het afwaarderingsverlies een uitdeling van de winst¹⁰⁷ vanwege het gelopen debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet zou nemen. Albert ziet een uitdeling van de winst ook als een onttrekking.¹⁰⁸ Egelie reserveert de term onttrekking voor een lening met een onzakelijk motief.¹⁰⁹ Bij een onzakelijk motief is er fiscaal nooit sprake geweest van een lening.¹¹⁰

¹⁰² Albert 2017, p. 13.

¹⁰³ Art. 3.8 Wet IB 2001.

¹⁰⁴ Art. 8 Wet VPB 1969.

¹⁰⁵ Albert 2014 - 3, p. 3.

¹⁰⁶ Egelie 2008, p. 7.

¹⁰⁷ Art. 10 lid 1 Wet VPB 1969.

¹⁰⁸ Albert 1995, p. 1.

¹⁰⁹ Egelie 2008, p. 7.

¹¹⁰ Egelie 2008, p. 3.

Arts maakt onderscheid tussen het winstverdelingsdoel en het winstdoel van de vennootschap.¹¹¹ Arts¹¹² noemt naar mijn mening terecht artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969. In de fictie van dit artikel is alles wat gedaan wordt om het winstdoel van de vennootschap te ondersteunen een bestanddeel van de totale winst.¹¹³ De lening komt tot stand op initiatief van de moedermaatschappij. Als het een onzakelijke lening betreft, dan is het logisch te veronderstellen dat de dochtermaatschappij die lening nooit aan een ander had verstrekt onder dezelfde voorwaarden. Het afwaarderingsverlies op de onzakelijke lening is dan geen bestanddeel van het winstdoel en valt dus niet onder de totale winst, maar onder een bestanddeel van het winstverdelingsdoel van de vennootschap.¹¹⁴ En de winstverdeling is niet aftrekbaar vanwege artikel 10 Wet VPB 1969. Want uitdelingen van de winst zijn niet aftrekbaar.

Samenvattend moet de aftrekbaarheid van een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omhoog dus worden geweigerd, omdat het een onttrekking betreft volgens Albert of een uitdeling van de winst is volgens Egelie en een winstverdelingsdoel dient volgens Arts. Dit alles overziend kan geconstateerd worden dat in de literatuur consensus heerst als het gaat om de aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies van een onzakelijke lening omhoog. Dit afwaarderingsverlies is dus niet aftrekbaar van de winst. Ik vind dat Arts een betere verklaring geeft voor het niet aftrekbaar zijn van het verlies van een onzakelijke lening omhoog, omdat hij verder gaat dan alleen de totaalwinstconceptie en ook artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969 betreft in de analyse. Zijn keuze voor de termen winstverdelingsdoel en winstdoel maken voor mij de problematiek rondom de onzakelijke lening omhoog duidelijk.

4.2.2 De onzakelijke lening omlaag

Volgens Albert¹¹⁵ heeft bij de onzakelijke lening omlaag de vennootschap die de lening verstrekt twee hoedanigheden ten opzichte van de geldontvanger, die van geldverstrekker en van aandeelhouder. De totaalwinstconceptie is volgens Albert nu niet bruikbaar om de aftrek op een afwaarderingsverlies te weigeren.¹¹⁶ De geldverstrekking is altijd zakelijk, hoe onzakelijk de lening ook is.¹¹⁷ Dit leidt dus niet tot een onttrekking zoals bij de onzakelijke lening omhoog. De weigering van de aftrek van de afwaardering op de onzakelijke lening omlaag ligt in de deelnemings sfeer. Het verlies valt onder de deelnemingsvrijstelling.¹¹⁸

Waar Albert in een fiscale analyse dus een onderscheid maakt tussen de onzakelijke lening omhoog en de onzakelijke lening omlaag, hanteert Egelie¹¹⁹ hetzelfde 'at arm's length'-beginsel ook voor de onzakelijke lening omlaag. Volgens Egelie geeft Albert een te beperkte invulling aan het 'at arm's length'-beginsel, want dit beginsel heeft als doel om de lening te ontdoen van elke onzakelijke invloed in gelieerde

¹¹¹ Arts 2015, p. 2.

¹¹² Arts 2015, p. 2.

¹¹³ Arts 2015, p. 2.

¹¹⁴ Arts 2015, p. 2.

¹¹⁵ Albert 2008, p. 3.

¹¹⁶ Albert 2014 - 1, p. 9.

¹¹⁷ Albert 2008, p. 3.

¹¹⁸ Albert 2008, p. 3.

¹¹⁹ Egelie 2008, p. 7.

verhoudingen.¹²⁰ En omdat er onzakelijke, niet repareerbare, elementen zitten in de onzakelijke lening omlaag is een eventueel afwaarderingsverlies van de onzakelijke lening omlaag niet aftrekbaar van de winst.

Zowel Albert¹²¹ als Egelie¹²² komen tot de conclusie dat het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omlaag niet aftrekbaar is van de winst. Ze benaderen het vraagstuk op hun eigen wijze, maar het resultaat is hetzelfde.

Arts¹²³ heeft daar een andere kijk op. Hij volgt dezelfde redenering als bij de onzakelijke lening omhoog. Ook hier is artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969 van groot belang, want de geldverstreckende moedermaatschappij wordt geacht de onderneming te drijven met al haar vermogen. Dat houdt in dat de lening die verstrekt wordt in beginsel zakelijk is. Het kan geen onttrekking zijn, dus artikel 10 Wet VPB 1969 is hier niet van toepassing, want dan zou het verstrekken van de lening niet het winstdoel van de vennootschap dienen en dat is wel het geval.¹²⁴ Een lening wordt door de moedermaatschappij verstrekt aan de dochtermaatschappij opdat de dochtermaatschappij daarmee haar winst kan gaan verhogen.¹²⁵ Dat is een duidelijk winstdoel van de moedermaatschappij. Ik vind dit een elegante manier van redeneren, waar ik me geheel in kan vinden. Elke moedermaatschappij zal een lening verstrekken aan een dochtermaatschappij om daar uiteindelijk beter van te worden. De keuze van de moedermaatschappij om dat te doen door middel van een lening of een (formele) kapitaalstorting mag niet worden weggenomen door een moment in de toekomst waarin die lening waardeloos of minder waard zou kunnen worden. Dat is namelijk de essentie van ondernemen.

Ook Van den Hurk is kritisch en hij vindt ook dat artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969 moet prevaleren.¹²⁶ In zijn artikel geeft hij aan dat als bij een lening omlaag de geldverstreckende vennootschap zou handelen als een onafhankelijke derde (zoals een bank), het overleven van de leningontvangende vennootschap en de banen van de medewerkers op het spel kunnen staan.¹²⁷ Een bank zal de lening indien nodig direct opeisen ook al betekent dit het einde van de leningontvangende vennootschap.¹²⁸ Als de leningverstreckende vennootschap ook op tijd (voordat het debiteurenrisico te groot zou worden) de lening zou opeisen dan heeft dat als gevolg dat de leningontvangende vennootschap waarschijnlijk failliet gaat, maar dan is een eventueel afwaarderingsverlies wel aftrekbaar voegt Van den Hurk er aan toe.¹²⁹ Volgens hem wordt de onzakelijke lening omlaag beheerst door of de kapitaalsfeer of de winstsfeer.¹³⁰ Dit komt overeen met wat Arts¹³¹ hierover schreef, alleen noemt Van den Hurk andere termen dan het winstverdelingsdoel en winstdoel. Volgens Van den Hurk moet indien de onzakelijke lening omlaag als vreemd

¹²⁰ Egelie 2008, p. 7.

¹²¹ Albert 2008.

¹²² Egelie 2008.

¹²³ Arts 2015, p. 3.

¹²⁴ Arts 2015, p. 3.

¹²⁵ Arts 2015, p. 5.

¹²⁶ Van den Hurk 2013, p. 2.

¹²⁷ Van den Hurk 2013, p. 1.

¹²⁸ Van den Hurk 2013, p. 1.

¹²⁹ Van den Hurk 2013, p. 1.

¹³⁰ Van den Hurk 2013, p. 2.

¹³¹ Arts 2015.

vermogen wordt behandeld, het afwaarderingsverlies volgens de regels van goed koopmansgebruik aftrekbaar zijn van de winst.¹³² Van den Hurk geeft ook aan dat de wettelijk basis voor een onzakelijke lening omlaag ontbreekt en zegt daarbij: *"voortzetting van deze lijn lijkt mij niet juist"*.¹³³

A-G Niessen¹³⁴ geeft in zijn conclusie aan dat de afwaardering van de onzakelijke lening omlaag geen onderdeel uit kan maken van de totaalwinst. Om die reden is de afwaardering van de onzakelijke lening omlaag niet aftrekbaar van de winst. Volgens hem wordt in die visie niet toegekomen aan de deelnemingsvrijstelling.¹³⁵ Volgens hem ziet de deelnemingsvrijstelling ook op de totaalwinst.¹³⁶ Naar mijn mening miskent hij daarbij het belang van artikel 2 lid 5 VPB 1969. Voor een sluitende redenering is die deelnemingsvrijstelling van belang (zie Albert hiervoor). Maar zoals ik al aangaf zie ik meer in de uitleg van Arts of Van den Hurk.

4.3 De rente op de onzakelijke lening in de literatuur

Een onzakelijke lening blijft een lening. En dus is er rente verschuldigd. Het probleem bij een onzakelijke lening is dat er geen rentepercentage bepaald kan worden waarvoor een onafhankelijke derde die lening zou verschaffen. De Hoge Raad heeft bepaald dat in dat geval de hoogte van de rente bepaald wordt middels de borgstellingsanalogie.¹³⁷ Dat is de rente die een onafhankelijke derde (een bank bijvoorbeeld) zou rekenen voor een lening aan een vennootschap, terwijl een gelieerde vennootschap borg staat voor die lening onder vergelijkbare voorwaarden.¹³⁸ Ik heb dit met een voorbeeld in paragraaf 3.7 behandeld. Maar het gaat nog verder. Auerbach constateert een wel heel erg wonderlijk aspect.¹³⁹ Want hoe zwakker en dus minder kredietwaardig de moedermaatschappij is des te hoger is de rente die in aanmerking genomen moet worden. Want de borgstellingsrente die bij een zwakke moedermaatschappij gerekend moet worden zal hoger zijn. Er komt een moment dat de rente zo hoog wordt dat deze niet meer reëel is. En dan moet er teruggevallen worden op de risicovrije rentevoet uit verrekenprijzenbesluit van 22 april 2018.¹⁴⁰

De Staatssecretaris heeft uitgelegd hoe de rente voor een onzakelijke lening moet worden vastgesteld.¹⁴¹ Hij gaat uit van een tweetal door de Hoge Raad¹⁴² gehanteerde voorschriften. De laagste rente van die twee voorschriften geldt als de rente die fiscaal in aanmerking moet worden genomen.¹⁴³ Het eerste voorschrift is de eerder genoemde borgstellingsanalogie. Het gevolg daarvan is dat de rente aftrekbaar is bij de leningontvangende vennootschap en de rente belast is bij de leningverstrekende

¹³² Van den Hurk 2013, p. 2.

¹³³ Van den Hurk 2013, p. 2.

¹³⁴ HR 17 augustus 2017, ECLI:NL:PHR:2017:819 (Concl. A-G R.E.C.M. Niessen).

¹³⁵ HR 17 augustus 2017, ECLI:NL:PHR:2017:819 (Concl. 5.18 A-G R.E.C.M. Niessen).

¹³⁶ HR 17 augustus 2017, ECLI:NL:PHR:2017:819 (Concl. 5.17 A-G R.E.C.M. Niessen).

¹³⁷ Albert 2017, p. 28.

¹³⁸ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.4.

¹³⁹ Auerbach 2018, p. 2.

¹⁴⁰ Auerbach 2018, p. 2.

¹⁴¹ Stcrt. 2018, 26874, p. 27.

¹⁴² HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442 en HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6552.

¹⁴³ Stcrt. 2018, 26874, p. 27.

vennootschap.¹⁴⁴ Het verschil tussen de daadwerkelijk in rekening gebrachte rente en de rente die bepaald wordt op basis van de kredietwaardigheid van de leningverstrekkenende vennootschap bevindt zich in de kapitaalsfeer.¹⁴⁵ Wordt de rente schuldig gebleven of is de lening renteloos dan wordt fiscaal teruggevallen op de rente over de waarde in het economische verkeer van de lening van elke rentetermijn op het moment waarop deze vervalt.¹⁴⁶

4.4 De bijzondere omstandigheden in de literatuur

Om uit het bereik van de onzakelijke lening te komen is er nog een uitweg¹⁴⁷ en dat is het geval als er sprake is van een bijzondere omstandigheid. In de jurisprudentie is aangegeven dat in een aantal zeer beperkte gevallen een beroep kan worden gedaan op de bijzondere omstandigheid. Zie daarvoor paragraaf 3.5.3.

Elling & Tulp onderscheiden twee momenten¹⁴⁸ waarop een bijzondere omstandigheid kan worden getoetst. De eerste is "aan de voorkant". Dan wordt de bijzondere omstandigheid door de belastingrechter getoetst op die bijzondere omstandigheid tegelijkertijd met alle andere factoren die een lening onzakelijk kunnen maken. Het andere moment is "aan de achterkant". Dat wil zeggen dat de belastingrechter eerst een besluit neemt of een lening onzakelijk is en pas als de lening onzakelijk is nagaat of er nog bijzondere omstandigheden zijn waardoor de lening alsnog zakelijk wordt.

4.5 De toetsingscriteria

4.5.1 Rechtszekerheid

De rechtszekerheid van een belastingplichtige komt bij een afwaardering van de onzakelijke lening omhoog niet in het geding. Het moment waarop door de belastingrechter of de Belastingdienst beoordeeld wordt of een lening onzakelijk is ligt weliswaar in de toekomst, maar daar kan een belastingplichtige rekening mee houden. De onzakelijke lening omhoog past goed in de bestaande jurisprudentie (ook jurisprudentie die niet gaat over de onzakelijke lening zoals het eerder genoemde renpaarden-arrest) en literatuur. De belastingplichtige of de adviseur moet bekend zijn met de eensluidende conclusie uit de rechtspraak en de literatuur. De belastingplichtige weet waar hij rechtens aan toe is bij de onzakelijke lening omhoog. De weigering van de afwaardering van de onzakelijke lening omhoog volgt uit de totaalwinstconceptie (geregeld in artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969 waarin ook artikel 3.8 Wet IB 2001 van toepassing wordt verklaard voor het bepalen van de winst in de vennootschapsbelasting) en is in de jurisprudentie in de loop der jaren voldoende uitgekristalliseerd. Dat alles draagt ook bij aan de rechtszekerheid. De belastingplichtige heeft de keus om het geld dat de moedermaatschappij nodig heeft uit te keren als dividend en daarmee formeel het geld over te dragen aan de moedermaatschappij of dit in de vorm van een lening te doen waarvan duidelijk is dat als deze onzakelijk blijkt te zijn een eventueel afwaarderingsverlies op die lening

¹⁴⁴ Stcrt. 2018, 26874, p. 27.

¹⁴⁵ Stcrt. 2018, 26874, p. 27.

¹⁴⁶ Stcrt. 2018, 26874, p. 28.

¹⁴⁷ Elling & Tulp 2017, p. 1.

¹⁴⁸ Elling & Tulp 2017, p. 4.

niet aftrekbaar is, omdat het dan als een onttrekking wordt gezien. Formeel niet hetzelfde, maar materieel wel. Naar mijn mening, en ik heb dit nergens anders kunnen lezen zover ik kan overzien, is de formele geldverstrekker de dochtermaatschappij, maar is de materiële geldverstrekker de moedermaatschappij. Als aan het materiële criterium het meeste gewicht wordt toegekend is de leningverstrekken de vennootschap en de begunstigde van die lening dezelfde vennootschap. Dat komt ook terug in het eerder genoemde renpaarden-arrest waarin het initiatief tot het maken van de kosten ligt bij de aandeelhouder met daarachter nog de aandeelhouder / natuurlijk persoon en het voordeel van deze handelswijze ook opkomt bij die aandeelhouder / natuurlijk persoon, want die hoeft de kosten dan niet privé te dragen. De twee situaties hebben dezelfde kenmerken en worden door de wet en jurisprudentie, zoals eerder vermeld, ondersteund.

Voor wat betreft de onzakelijke lening omlaag kan worden geconstateerd dat, ondanks de redelijk eenduidige jurisprudentie, er geen consensus heerst over de aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies van een onzakelijke lening omlaag in de literatuur. Ik ben het met Arts en Van den Hurk (zie voor de analyse paragraaf 4.2.2) eens dat het winstdoel voorop heeft gestaan bij het verstrekken van de lening omlaag. Mocht het later allemaal tegenvallen en de winst die wel beoogd is niet wordt behaald, dan blijft de lening het winstdoel dienen. Het doel blijft daarmee overeind. Daarmee kan dus niet met terugwerkende kracht een winstdoel omgezet worden in een winstverdelingsdoel. Als ondernemer weet een belastingplichtige naar mijn mening rechtens niet waar hij aan toe is, omdat er geen wettelijke grondslag is waarmee het winstdoel wordt omgezet in een winstverdelingsdoel (zie weer de analyse van Arts en Van den Hurk in paragraaf 4.2.2). Daarmee komt de rechtszekerheid bij de belastingplichtige dan ook in het geding. De wet geeft geen houvast in de zin dat de onzakelijke lening omlaag daarin wordt beschreven. Formeel en materieel wordt de lening verstrekt door de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij is de ontvanger van de lening. Dat is anders bij de onzakelijke lening omhoog. Bij de onzakelijke lening omlaag is er een duidelijk afgebakende juridische rol tussen beide entiteiten en dat moet worden gerespecteerd. Dat heeft ook te maken met het rechtszekerheidsbeginsel. Eenvoud en duidelijkheid ondergaan volgens mij hetzelfde lot met dezelfde redenering. Het is niet eenvoudig of duidelijk dat een lening die wordt verstrekt door de moedermaatschappij met een winstdoel later wordt omgezet in een lening die het winstverdelingsdoel zou dienen.

In de literatuur is men niet echt te spreken over de rente die moet worden berekend bij een onzakelijk lening. De titels in de literatuur zoals "Weg met de borgstellingsanalogie!"¹⁴⁹ geven wel aan wat de teneur is. Eerst wordt de lening als onzakelijk gekwalificeerd en daarna moet nog een rente bepaald worden die het beste bij deze onzakelijke lening past. Het bepalen van de rente is in die situatie voor wat betreft de rechtszekerheid geen eenvoudige of duidelijke exercitie. Ook voor de Belastingdienst lijkt me het bepalen van het correcte rentepercentage niet erg eenvoudig of duidelijk en daardoor speelt ook hier de rechtszekerheid een belangrijke rol. De rechtszekerheid is niet gediend met de renteberekeningen, omdat deze in de praktijk moeilijk te bepalen zijn.

Voor de rechtszekerheid van de belastingplichtige en de Belastingdienst zou het goed zijn als alle elementen van de lening in één keer worden meegenomen. Dan maakt de bijzondere omstandigheid deel uit van de toetsing of een bepaalde lening zakelijk is of niet. Voor de belastingplichtige is het natuurlijk wel van belang dat er een ruimere toepassing komt voor wat betreft de bijzondere omstandigheden. Als het voor een belastingplichtige duidelijk is welke omstandigheden een bijzondere omstandigheid vormen, dan komt dat de rechtszekerheid ten goede. Het arrest genoemd in paragraaf 3.5.3 en de toepassing van het voldoende gewicht-criterium kan een belangrijke uitbreiding zijn van het aantal gevallen waarin een bijzondere omstandigheid kan worden aangenomen.

4.5.2. Doeltreffendheid

Voor de Belastingdienst is de onzakelijke lening omhoog gemakkelijk toe te passen. Zoals Arts al zei past deze onzakelijke lening omhoog in een lange traditie van jurisprudentie.¹⁵⁰ Dat de wetgeving hier alle aanknopingspunten biedt om een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omhoog te weigeren is ook van belang voor de doeltreffendheid waarmee de Belastingdienst haar werk kan doen en daardoor onzakelijk handelen kan bestrijden.

Met de huidige jurisprudentie kan de Belastingdienst ook een lening omlaag als onzakelijk bestempelen indien deze lening voldoet aan de voorwaarden genoemd in de jurisprudentie. Voor de doeltreffendheid van belastingheffing is de huidige situatie een goede. Deze jurisprudentie is makkelijk uit te voeren en handhaafbaar, waardoor onzakelijk handelen wordt bestreden. In de literatuur mag dan weliswaar verdeeldheid heersen, maar dat geldt niet voor de jurisprudentie.

De doeltreffendheid is wat mij betreft meer van belang bij het bepalen of een lening zakelijk, dan wel onzakelijk is. Het toetsingscriterium doeltreffendheid is voor wat betreft het bepalen van de hoogte van de rente minder van belang. Erg goed uitvoerbaar is de renteberekening in ieder geval niet.

De Belastingdienst zal niet zitten te wachten op een ruimere toepassing van de bijzondere omstandigheid omwille van de doeltreffendheid van de belastingheffing.

¹⁴⁹ Auerbach 2018.

¹⁵⁰ Arts 2015, p. 2.

4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht hoe in de literatuur wordt gedacht over de jurisprudentie betreffende de onzakelijke lening. De conclusie is dat in de literatuur men het over het algemeen eens is over hoe met het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omhoog moet worden omgegaan. Deze is niet aftrekbaar van de winst. Die consensus is er niet in de literatuur betreffende de onzakelijke lening omlaag. Dat is in het kort een antwoord op deelvraag 4.

Ik heb in dit hoofdstuk beide toetsingscriteria toegepast op de verschillende meningen in de literatuur. Als het gaat om de onzakelijke lening omhoog zie ik geen probleem met de rechtszekerheid of de doeltreffendheid. De weigering van de afwaardering van de onzakelijke lening omhoog volgt uit de totaalwinstconceptie en is in de jurisprudentie in de loop der jaren voldoende uitgekristalliseerd. Daar kan een belastingplichtige rekening mee houden. De Belastingdienst kan met deze consensus in de literatuur doeltreffend onzakelijke leningen omhoog aanpakken.

Gaat het om de onzakelijke lening omlaag dan heeft de Belastingdienst nog steeds een goed middel, namelijk de jurisprudentie, om onzakelijke leningen omlaag aan te pakken. In de literatuur wordt bij een onzakelijke lening omlaag wel anders gedacht over de aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies van de lening. Dat een afwaarderingsverlies wordt geweigerd bij een onzakelijke lening omlaag rijmt niet met de rechtszekerheid van de belastingplichtige. De belastingplichtige moedermaatschappij leent een bedrag uit aan haar dochtermaatschappij en doet dat met een winstdoel (artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969). De rechtszekerheid staat op gespannen voet met de terugwerkende kracht waarmee een winstdoel omgezet wordt in een winstverdelingsdoel.

De rente die berekend moet worden bij een onzakelijke lening levert in de literatuur veel kritiek op. Het berekenen van de rente is zeker niet eenvoudig, duidelijk of makkelijk uitvoerbaar.

Een duidelijke en ruimere toepassing van bijzondere omstandigheden komt de rechtszekerheid van de belastingplichtige ten goede. Het voldoende gewichtscriterium kan een belangrijke uitbreiding zijn van het aantal gevallen waarin een bijzondere omstandigheid kan worden aangenomen.

Hoofdstuk 5 De onzakelijke lening als eigen vermogen

5.1 Inleiding

In mijn onderzoek heb ik in hoofdstuk 3 uiteengezet wat een onzakelijke lening is en wat de heersende overwegingen zijn van de belastingrechter. De Hoge Raad heeft overwogen dat een onzakelijke lening niet gezien kan worden als een vierde uitzondering (van fiscale herkwalficatie van lening in eigen vermogen), omdat dat niet in het wettelijke systeem zou passen.¹⁵¹ Dat is dan de huidige stand van zaken in het recht, want de Hoge Raad heeft altijd gelijk.¹⁵² Daarna heb ik in hoofdstuk 4 de meningen in de literatuur geïnventariseerd en ben nagegaan hoe die zich verhouden tot de toetsingscriteria die in de inleiding zijn genoemd. De literatuur is ook van belang bij de ontwikkeling van het recht en dus ook bij de ontwikkeling van het leerstuk van de onzakelijke lening. Omdat ik een onderzoek doe naar een eventuele andere behandeling van dit leerstuk zijn vooral de kritische geluiden in de literatuur van belang. Pas daarna is het mogelijk om na te gaan wat het verschil zou zijn indien de onzakelijke lening naar eigen vermogen zou worden geherkwalficeerd door de belastingrechter, dus toch als vierde uitzondering zou worden behandeld. Ook bij deze analyse spelen diezelfde toetsingscriteria rechtszekerheid en doeltreffendheid een belangrijke rol.

5.2 Aftrekbaarheid afwaarderingsverlies

5.2.1 Een tussenoplossing

Bavinck stelt een soort van tussenoplossing voor en ziet de onzakelijke lening als een onttrekking (bij een onzakelijke lening omhoog) of een informele kapitaalstorting (bij een onzakelijke lening omlaag) onder opschortende voorwaarde.¹⁵³ Dit is het herkwalficeren van de onzakelijke lening naar eigen vermogen onder opschortende voorwaarde. Op het moment dat de voorwaarde (het afwaarderen van de onzakelijke lening) wordt vervuld, wordt de onzakelijke lening omgezet in een onttrekking of informele kapitaalstorting en daarmee komt er een einde aan de lening.¹⁵⁴ Die onttrekking of informele kapitaalstorting vindt plaats zodra vaststaat of zo goed als zeker is dat de schuld niet zal worden afgelost.¹⁵⁵ Het woord 'zal' in de vorige zin geeft naar mijn mening aan dat op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld deze lening een schijnlening is geworden. Het is ook logisch dat de lening dan eigen vermogen is geworden, want er zal niet meer worden afgelost. En het doen van aflossingen is het kenmerk van een lening. Probleem is dat in de huidige situatie de beoordeling of het een onzakelijke lening betreft, zal plaatsvinden op het moment van aangaan van die lening en niet op het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde. Het voordeel van het voorstel van Bavinck is dat de 'onzakelijke lening' een lening blijft zolang alles goed gaat en eigen vermogen wordt op het moment dat het fout gaat (er wordt een afwaarderingsverlies geleden dat ten laste van het resultaat wordt gebracht) als bij het aangaan van de lening deze moet worden beoordeeld als onzakelijk. Er is na de afwaardering dan geen onzakelijke lening meer

¹⁵¹ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.1.

¹⁵² Nieuweboer 2012, p. 1.

¹⁵³ Bavinck 2018, p. 1.

¹⁵⁴ Bavinck 2018, p. 6.

¹⁵⁵ Bavinck 2018, p. 6.

en dat is naar mijn mening het grote voordeel van het voorstel van Bavinck, want in de huidige leer blijft de onzakelijk lening nog steeds een lening ook na het moment van afwaarderen van de lening. De lening is civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk in de huidige situatie een lening en blijft een lening, terwijl aflossing naar mijn mening niet meer reëel is. Dan is de uiterste consequentie dat van een lening, ook in de huidige situatie, geen sprake meer kan zijn. En dan zou het herkwalficeren naar eigen vermogen van de onzakelijke lening ook in de huidige situatie het meest voor de hand liggen. In de huidige situatie blijft de onzakelijke lening dus een lening en in het voorstel van Bavinck wordt de uiterste consequentie wél getrokken door de onzakelijke lening om te zetten naar eigen vermogen. Bavinck geeft aan dat de rechtszekerheid hiermee gediend is, het systeem evenwichtig (het geldt voor zowel de onzakelijke lening omhoog als de onzakelijke lening omlaag) is en maakt het rechtersrecht voorspelbaar.¹⁵⁶ Maar ik deel deze oplossing niet voor de onzakelijke lening omlaag. Ik kom daar later in dit hoofdstuk op terug.

5.2.2 De onzakelijke lening omhoog

Indien de onzakelijke lening omhoog niet zou worden gezien als vreemd vermogen, maar naar eigen vermogen zou worden geherkwalficeerd (dus een vierde uitzondering zou zijn), dan heeft dat tot gevolg dat de lening omhoog onderdeel wordt van het eigen vermogen. Ook bij bijvoorbeeld de bodemlozeputlening is sprake van een lening die terugbetaald dient te worden. Zou bij het aangaan van de lening al vaststaan dat de lening niet kan worden terugbetaald, dan wordt niet toegekomen aan de onzakelijke lening. Dan is de lening een bodemlozeputlening en dus één van de drie uitzonderingen. De Hoge Raad heeft deze bodemlozeputlening geherkwalficeerd naar eigen vermogen. Maar staat bij het aangaan van de lening nog niet vast dat er niet kan worden terugbetaald, dan kan de lening geen bodemlozeputlening zijn en dan wordt eventueel wel toegekomen aan de onzakelijke lening. De Hoge Raad kan de onzakelijke lening omhoog dan eventueel herkwalficeren naar eigen vermogen door het criterium onzakelijke debiteurenrisico toe te passen. Dan is er dus naast de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening een vierde uitzondering, namelijk de onzakelijke lening omhoog.

Volgens Arts¹⁵⁷ past de onzakelijke lening omhoog als vierde uitzondering in het wettelijke systeem. Volgens hem valt de onzakelijke lening omhoog dan ook onder artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 en daarmee onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 lid 5 onderdeel b Wet VPB 1969. In deze gedachtegang van Arts is het van belang voor de rechtszekerheid om de onzakelijke lening omhoog op te nemen in de wet, zodat duidelijk is dat deze wordt geherkwalficeerd naar eigen vermogen.

Ook Bavinck ziet wel een oplossing zoals eerder genoemd in dit hoofdstuk dat onzakelijke lening omhoog bij het aangaan van de lening wordt gezien als een lening met een debiteurenrisico dat een derde niet zou nemen onder opschortende voorwaarde.

¹⁵⁶ Bavinck 2018, p. 6.

¹⁵⁷ Arts 2015, p. 6.

5.2.3 De onzakelijke lening omlaag

In de jurisprudentie wordt over de onzakelijke lening omlaag geoordeeld dat een eventueel afwaarderingsverlies niet ten laste van de winst kan worden gebracht. In de literatuur is daar veel discussie over.

Indien de onzakelijke lening omlaag niet zou worden gezien als vreemd vermogen, maar naar eigen vermogen zou worden geherkwalificeerd (dus een vierde uitzondering zou zijn), dan heeft dat dezelfde gevolgen als bij een onzakelijk lening omhoog. Dezelfde analyse als uit paragraaf 5.2.2 kan gemaakt worden.

Volgens Arts¹⁵⁸ past het eventueel in het wettelijke systeem om de onzakelijke lening omlaag als vierde uitzondering te beoordelen. Volgens hem valt de onzakelijke lening omlaag dan ook onder artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 en daarmee onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 lid 4 onderdeel b Wet VPB 1969. Dan wordt de onzakelijke lening dus geherkwalificeerd naar eigen vermogen. In ben het met Arts wel eens, maar het heeft geen zin om een situatie waarvoor Arts¹⁵⁹ geen wettelijke grondslag ziet te vervangen door een ander systeem dat ook geen wettelijke grondslag heeft. Dus zal de wet aangepast moeten worden om de onzakelijke leningen omlaag op deze manier onder de deelnemingsvrijstelling te laten vallen.

Van den Hurk¹⁶⁰ geeft aan dat als de voorwaarden bij een lening omlaag onzakelijk zijn het meer in de rede ligt om deze lening te zien als een verkapte kapitaalverstrekking. Dan zou de deelnemerschapslening het meest in de buurt komen.¹⁶¹ Hij ziet geen mogelijkheid binnen de huidige wetgeving om de onzakelijke lening te herkwalificeren naar eigen vermogen, omdat de Hoge Raad de lening als zodanig in stand houdt.¹⁶²

Ook voor de onzakelijke lening omlaag ziet Bavinck een oplossing zoals eerder gemeld in dit hoofdstuk door de onzakelijke lening omlaag bij het aangaan van de lening te zien als een lening met een debiteurenrisico dat een derde niet zou nemen onder opschortende voorwaarde.

Volgens Albert¹⁶³ is het herkwalificeren van de onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen niet correct, omdat dit een grotere inbreuk maakt op het bepalen van de fiscale winst dan partijen beogen. Hij vraagt zich af of het dan de hele lening betreft of een deel van de lening en wat er dan met de rente moet gebeuren.¹⁶⁴ Ik kan me niet vinden in die kritiekpunten. De onzakelijke lening omlaag wordt afgewaardeerd en daarmee wordt aangegeven dat aflossing niet meer geheel zal plaatsvinden. Volgens mij is de lening voor dat deel geen lening meer en is er ook geen rente meer verschuldigd. En dat het een hele lening betreft en niet een deel van de lening, is inherent aan het huidige systeem van de onzakelijke lening.¹⁶⁵

¹⁵⁸ Arts 2015, p. 6.

¹⁵⁹ Arts 2015.

¹⁶⁰ Van den Hurk 2013, p. 2.

¹⁶¹ Van den Hurk 2013, p. 2.

¹⁶² Van den Hurk 2013, p. 2.

¹⁶³ Albert 2014 - 3, p. 3.

¹⁶⁴ Albert 2014 - 3, p. 3.

¹⁶⁵ HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, r.o. 3.3.5.

Bouwman¹⁶⁶ ziet twee voorname bezwaren om de aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omlaag te weigeren. Het fundament onder de onzakelijke lening is niet deugdelijk.¹⁶⁷ Hij haalt ook Arts¹⁶⁸ aan. De vennootschap verstrekt de lening om de winst van de onderneming te verhogen. Dus een zakelijke gedachte. Toch wordt aftrek van een eventueel afwaarderingsverlies van de onzakelijke lening omlaag niet geaccepteerd. Zover ik kan beoordeling lijkt het erop dat Arts en Bouwman een onzakelijke lening omlaag zien als een gewone lening. Dat doet naar mijn mening ook het meeste recht aan een lening omlaag. En daarom zou herkwalificatie van de onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen niet aan de orde mogen zijn.

Ik ben geen voorstander om de onzakelijke lening te herkwalificeren naar eigen vermogen. Want een moedermaatschappij die aan een dochtermaatschappij een lening verstrekt doet dat als ondernemer om daar resultaat mee te behalen. Er wordt een inbreuk gepleegd op het ondernemerschap van de moedermaatschappij. De intentie van de moedermaatschappij is een lening en dat zou ook zo moeten blijven vanwege artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969. Naar mijn mening ontbreekt de wettelijke grondslag voor de onzakelijke lening omlaag. De belastingrechter ziet dat anders en concludeert dat er wel degelijk een onzakelijke lening omlaag is. Voor mij gaat het vooral vanwege de rechtszekerheid, het ondernemerschap van de geldverstreckende vennootschap, te ver om over te gaan tot herkwalificatie van de onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen. De oplossing van Bavinck geeft inderdaad rechtszekerheid omdat daarmee zowel de onzakelijke lening omhoog als de onzakelijke lening omlaag op dezelfde manier behandeld worden, maar dat kost naar mijn mening de geldverstreckende vennootschap dus het ondernemerschap. Naar mijn mening ligt het risico van het afwaarderingsverlies in de ondernemerssfeer. De huidige rechtspraak over de onzakelijke lening omlaag is verre van ideaal en daarom hoop ik dat onder druk van de meningen in de literatuur de Hoge Raad "om" gaat als het om deze lening omlaag gaat.

Nu is een afwaarderingsverlies op de onzakelijk lening omlaag niet aftrekbaar van de winst, maar het opgeofferde bedrag voor de dochtermaatschappij wordt met dit afwaarderingsverlies verhoogd. Later kan dit afwaarderingsverlies eventueel in het liquidatieverlies terecht komen.¹⁶⁹ Wordt bij een onzakelijke lening omlaag de lening geherkwalificeerd naar eigen vermogen, dan zal in beginsel het opgeofferde bedrag van de deelneming met het bedrag van die lening toenemen, want dan wordt het (informeel) kapitaal. Ook dan kan het afwaarderingsverlies terechtkomen in het liquidatieverlies. Het liquidatieverlies is geregeld in artikel 13d Wet VPB 1969. En als uitzondering valt het liquidatieverlies niet onder de deelnemingsvrijstelling.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Bouwman 2015, p. 11.

¹⁶⁷ Bouwman 2015, p. 11.

¹⁶⁸ Arts 2015.

¹⁶⁹ Van den Dool e.a. 2012, p. 126; HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, r.o. 3.2.3.

¹⁷⁰ Art. 13d lid 1 Wet VPB 1969.

5.3 Rente

Het grootste voordeel bij het herkwalficeren van een onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen is dat er geen rente meer berekend hoeft te worden, want het is dan immers geen lening meer. De borgstellingsanalogie en andere renteberekeningen kunnen dan achterwege blijven. Dat is vanuit alle toetsingscriteria gezien een grote stap vooruit. Er is geen rechtsonzekerheid of onduidelijkheid meer over de rente. Er is geen rente meer. Ook Okhuizen¹⁷¹ geeft aan dat de correctie op de rente door een borgstellingsrente te gebruiken alles erg heeft gecompliceerd. De Hoge Raad heeft het zich vooral moeilijk gemaakt door de onzakelijke lening omlaag fiscaalrechtelijk als een lening te beschouwen en niet voor (informeel) kapitaal heeft gekozen.¹⁷² Ze sluit af met de constatering dat de belastingplichtige (of de adviseur) en de Belastingdienst verstrikt raken in de netten van de onzakelijke lening.¹⁷³ Hoe kan een belastingrechter nu toetsen of de berekeningen waarop de zakelijke rentes zijn gebaseerd op juistheid berusten.¹⁷⁴ Wordt de afwaardering van de onzakelijke lening niet toegestaan, dan zou het ook moeten gelden voor de rente.¹⁷⁵ Dat zou alles inderdaad veel eenvoudiger maken voor de beroepspraktijk, dat ben ik met Okhuizen eens. Dat houdt trouwens niet in dat de onzakelijke lening als eigen vermogen gezien zou moeten worden. Maar dat de lening ook beschouwd zou kunnen worden als (informeel) kapitaal wijst wel in die richting. Ik zou met de onzakelijke lening omlaag dus niet zo ver willen gaan. Zoals eerder gemeld zie ik de onzakelijke lening meer als een gewone lening met daarbij het normaal hanteren van een zakelijke rente en is herkwalficatie naar eigen vermogen niet aan de orde.

5.4 Bijzondere omstandigheden

De feitenrechter zal moeten beslissen of een lening onzakelijk is. Hij zal alle omstandigheden overwegen, zoals ook de bijzondere omstandigheden. Naar mijn mening zou het voor de rechtszekerheid en doeltreffendheid goed zijn dat de bijzondere omstandigheden deel uitmaken, aan de voorkant, van de weging bij de belastingrechter. Voor een verdere uiteenzetting verwijs ik naar paragraaf 4.4.

5.5 Overige jurisprudentie van de Hoge Raad die in stand kan blijven

Of de onzakelijke lening vreemd vermogen blijft of wordt geherkwalficeerd naar eigen vermogen, de gerechtelijke procedures over de vraag of een lening zakelijk is of niet zullen blijven bestaan. Het weigeren van een afwaarderingsverlies bij een onzakelijke lening omlaag vind ik niet correct. Dat heb ik in de vorige paragrafen aangegeven. Ook heb ik aangegeven dat ik een onzakelijke lening omhoog wel zou herkwalficeren naar eigen vermogen. Zover ik kan overzien kan de overige jurisprudentie van de Hoge Raad blijven staan. Bijvoorbeeld de simultaanuitzondering (zie paragraaf 3.5.1) en dat een zakelijke lening nog steeds van kleur kan verschieten in een onzakelijke lening.¹⁷⁶

¹⁷¹ Okhuizen 2018, p. 2.

¹⁷² Okhuizen 2018, p. 2.

¹⁷³ Okhuizen 2018, p. 2.

¹⁷⁴ Okhuizen 2018, p. 2.

¹⁷⁵ Okhuizen 2018, p. 2.

¹⁷⁶ HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2735 en De Soeten 2014, p. 13.

5.6 De toetsingscriteria

5.6.1 Rechtszekerheid

Het gevolg van het herkwalficeren van een onzakelijke lening omhoog naar eigen vermogen is dat een eventueel afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is van de winst, want dit verlies is dan een onttrekking. Dat zou in vergelijking met de huidige situatie geen verschil maken als het gaat om het afwaarderingsverlies. Dit betekent niet dat de rechtszekerheid toeneemt of afneemt. Ook dan wordt dit afwaarderingsverlies niet geaccepteerd, maar nu op grond van het feit dat de lening omhoog dus wordt geherkwalificeerd naar eigen vermogen. Op het moment dat de onzakelijke lening omhoog niet meer kan worden afgelost en de rente over de lening nihil is (rente over de waarde in het economische verkeer van de onzakelijke lening omhoog), dan is de onzakelijke lening geen lening meer. En dan is herkwalficatie naar eigen vermogen de juiste beslissing. In de praktijk verandert er dan weinig, alleen is het veel duidelijker geworden.

Volgens De Soeten¹⁷⁷ is er door het leerstuk van de onzakelijke lening omlaag veel rechtsonzekerheid ontstaan, waar de praktijk niet op zit te wachten. Het zou beter zijn geweest om vanwege de rechtszekerheid de onzakelijke lening omlaag fiscaal te verwerken als een kapitaalstorting en alle andere gevolgen van de lening in de kapitaalsfeer af te handelen.¹⁷⁸ Dus een pleidooi om de onzakelijke lening omlaag als eigen vermogen te behandelen, wat voor de praktijk veel ellende had bespaard.¹⁷⁹ Vanuit eenvoud en duidelijkheid is dit naar mijn mening een te begrijpen standpunt. De rechtszekerheid wordt in de overweging genoemd en is in zijn argumentatie een reden om tot herkwalficatie naar eigen vermogen over te gaan. Ik heb eerder in dit hoofdstuk aangegeven dat ik daar anders over denk.

Bouwman¹⁸⁰ geeft aan dat het goed zou zijn om harde criteria te ontwikkelen, waarmee de rechtszekerheid gediend is. De rechter moet goed het oog hebben in de toepasbaarheid van zijn beslissingen en dat ziet de rechter wel eens over het hoofd.¹⁸¹ De wettelijke grondslag voor de onzakelijke lening leer is wankel en de rechter zou zich niet moeten laten verleiden tot zulke jurisprudentie.¹⁸² Hiermee wordt de rechtszekerheid niet gediend.¹⁸³ Zover ik kan beoordeling lijkt het erop dat Bouwman, Arts en Van den Hurk (zie paragraaf 4.2.2) een onzakelijke lening omlaag zien als een gewone lening. En dat zou de rechtszekerheid pas echt verhogen. Voor de rechtszekerheid is het herkwalficeren van de onzakelijke lening naar eigen vermogen als het een onzakelijke lening omlaag betreft niet zinvol.

¹⁷⁷ De Soeten 2014, p. 13.

¹⁷⁸ De Soeten 2014, p. 12.

¹⁷⁹ De Soeten 2014, p. 13.

¹⁸⁰ Bouwman 2015, p. 8.

¹⁸¹ Bouwman 2015, p. 10.

¹⁸² Bouwman 2015, p. 11.

¹⁸³ Bouwman 2015, p. 10.

Voor de rechtszekerheid is het van belang om de intentie van de moedermaatschappij voor het verstrekken van de lening omlaag te respecteren vanwege artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969. Het ondernemerschap van de geldverstreckende vennootschap moet gerespecteerd worden en daarom gaat het mij te ver om over te gaan tot herkwalificatie van de onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen. Ook voor de Belastingdienst zou deze rechtszekerheid van belang moeten zijn.

5.6.2 Doeltreffendheid

Indien de onzakelijke lening omhoog wordt geherkwalificeerd naar eigen vermogen, dan kan de Belastingdienst de onzakelijke lening omhoog blijven aanpakken zoals ze dat nu ook kan doen. Dat maakt voor de doeltreffendheid dus niet uit. Maar omdat de rente vervalt bij herkwalificatie van de onzakelijke lening omhoog naar eigen vermogen wordt de regeling wel beter uitvoerbaar. Dus voor het aspect rente maakt het wel uit.

Het is voor de doeltreffendheid weliswaar een reden om de onzakelijk lening omlaag te herkwalificeren naar eigen vermogen omdat dan een onzakelijke situatie blijvend kan worden aangepakt. Ook de problemen met de rente zijn dan verleden tijd. Daarmee wordt deze regeling ook beter uitvoerbaar. Maar daarmee wordt de moedermaatschappij wel de mogelijkheid ontnomen om de onzakelijke lening omlaag als lening te blijven zien, want dat is wat de moedermaatschappij beoogde.

5.7 Conclusie

De Hoge Raad kan de onzakelijke lening als vierde uitzondering aanmerken. Dan zou het criterium het onzakelijke debiteurenrisico moeten zijn. Het fiscale gevolg is dat de onzakelijke lening dan naar eigen vermogen wordt geherkwalificeerd, zoals dat nu ook bij de huidige drie uitzonderingen (schijnlening, bodemlozeputlening en deelnemerschapslening) het geval is. Er zijn dan vier uitzonderingen met elk hun eigen criteria.

Bij herkwalificatie van de onzakelijke lening naar eigen vermogen is het fiscale gevolg dat de lening geen lening meer is, maar eigen vermogen wordt. En dan zijn ook de eigenschappen die bij het eigen vermogen horen van toepassing op de onzakelijke lening. Een eventueel afwaarderingsverlies is niet aftrekbaar van de winst, omdat veelal de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Ook de vergoeding op de onzakelijke lening valt dan niet onder het resultaat.

Het herkwalificeren van de onzakelijke lening omhoog naar eigen vermogen geeft weinig verschil met de huidige praktijk. Vanaf het moment van aangaan van de onzakelijke lening omhoog wordt deze dan geherkwalificeerd naar eigen vermogen. Het gevolg van het herkwalificeren van een onzakelijke lening omhoog naar eigen vermogen is dat een eventueel afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is van de winst, want dit verlies is dan een onttrekking. Dat is ook de huidige praktijk. Als het gaat om de rechtszekerheid is dit geen verbetering of verslechtering, omdat het voor het afwaarderingsverlies geen verschil maakt. Voor de doeltreffendheid maakt het ook niet uit. Want de Belastingdienst kan onzakelijke leningen omhoog blijven aanpakken, zoals ze dat nu ook kunnen doen. Het grote voordeel is dat er geen rente

meer hoeft te worden berekend. Dat maakt dat herkwalficatie van de onzakelijke lening omhoog naar eigen vermogen is te prefereren.

Het herkwalficeren van de onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen geeft naar mijn mening wel een groot probleem voor de huidige praktijk. Want een moedermaatschappij die aan een dochtermaatschappij een lening verstrekt doet dat als ondernemer (artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969) om daar resultaat mee te behalen. Er wordt inbreuk gepleegd op het ondernemerschap van de moedermaatschappij als de onzakelijke lening omlaag wordt geherkwalficeerd naar eigen vermogen. De rechtszekerheid komt in het gedrang als er een lening wordt beoogd en deze zou worden omgezet in eigen vermogen. Dus herkwalficatie van de onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen is niet aan de orde wat mij betreft. Naar mijn mening zou een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omlaag gewoon ten laste van de winst moeten kunnen komen. Ook moet er dan gewoon rente worden berekend, zoals bij een gewone lening. Bij herkwalficatie van de onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen wordt het afwaarderingsverlies toegevoegd aan het opgeofferde bedrag voor de dochtermaatschappij en wordt dit in het uiterste geval genomen bij de liquidatie van de dochtermaatschappij.

In dit hoofdstuk heb ik deelvraag 5 beantwoord.

In dit onderzoek wil ik een antwoord vinden op de volgende probleemstelling:
Heeft de belastingrechter de juiste keuze gemaakt door de onzakelijke lening fiscaal niet te herkwalficeren naar eigen vermogen?

Om een antwoord op de probleemstelling te kunnen geven heb ik een toetsingskader met twee toetsingscriteria gebruikt: de rechtszekerheid en de doeltreffendheid. Onder de rechtszekerheid versta ik in dit onderzoek voor de belastingplichtige dat hij weet waar hij als ondernemer rechtens aan toe is. Is het motief van de belastingplichtige om een lening te verstrekken, dan moet dat motief overeind blijven. Onder doeltreffendheid versta ik voor de Belastingdienst dat de regels rondom de onzakelijke lening doeltreffend, uitvoerbaar en handhaafbaar zijn. De Belastingdienst kan daarmee onzakelijk handelen van een belastingplichtige bestrijden.

Om een antwoord te vinden op de probleemstelling heb ik eerst in hoofdstuk 2 het verschil in de fiscale behandeling van het eigen vermogen en vreemd vermogen geanalyseerd. Uit die analyse kwamen twee relevante verschillen voor dit onderzoek: de fiscale behandeling van het afwaarderingsverlies van de geldverstrekking en de fiscale behandeling van de vergoeding op die geldverstrekking. Een afwaarderingsverlies op eigen vermogen is fiscaal niet aftrekbaar van de winst, omdat dit veelal onder de deelnemingsvrijstelling valt. En een afwaarderingsverlies op vreemd vermogen is wel aftrekbaar van de winst. Verder is een vergoeding op eigen vermogen niet aftrekbaar van de winst en maakt een vergoeding op vreemd vermogen wel onderdeel uit van het resultaat.

In hoofdstuk 2 heb ik ook uitgelegd dat een geldlening in beginsel fiscaal vreemd vermogen (hoofdrege) is. Er zijn drie uitzonderingen (de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening), waarbij de lening fiscaal gezien als eigen vermogen wordt behandeld.

In hoofdstuk 3 heb ik beschreven wat een onzakelijke lening is. De essentie van een onzakelijke lening is dat er een debiteurenrisico genomen wordt dat een onafhankelijke derde, behoudens bijzondere omstandigheden, niet zou nemen. Een bijzondere omstandigheid (het voldoende gewicht-criterium: zijn de omstandigheden waaronder de lening is verstrekt van voldoende gewicht om het debiteurenrisico te aanvaarden) kan er nog voor zorgen dat de onzakelijke lening fiscaal toch als een zakelijke lening wordt behandeld. De belastingrechter heeft beslist dat een eventueel afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening niet aftrekbaar is van de winst. Bij een onzakelijke lening omlaag is de wetsingang de deelnemingsvrijstelling en bij een onzakelijke lening omhoog is de wetsingang de totaalwinstconceptie. De belastingrechter heeft overwogen dat voor de rente die bij een onzakelijke lening moet worden berekend, moet worden aangesloten bij de zogenaamde borgstellingsanalogie (een rente die een onafhankelijke derde, een bank bijvoorbeeld, zou rekenen voor een lening aan een vennootschap, terwijl een gelieerde vennootschap borg staat voor die lening onder vergelijkbare voorwaarden) en als dat niet kan moet worden aangesloten bij een rente die gebaseerd is op de waarde in het economische verkeer van de onzakelijke lening.

In de literatuur (beschreven in hoofdstuk 4) is men het eens over hoe fiscaal met het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omhoog moet worden omgegaan. Deze is niet aftrekbaar van de winst, zoals dat ook uit de jurisprudentie blijkt. Die consensus is er niet in de literatuur betreffende de onzakelijke lening omlaag.

Als het gaat om de onzakelijke lening omhoog is er geen probleem met de rechtszekerheid of de doeltreffendheid. De weigering van de afwaardering van de onzakelijke lening omhoog ten laste van de winst volgt uit de totaalwinstconceptie en is in de jurisprudentie in de loop der jaren voldoende uitgekristalliseerd. Daar kan een belastingplichtige rekening mee houden. De belastingplichtige weet rechtens waar hij aan toe is. De Belastingdienst kan met deze consensus in de literatuur doeltreffend onzakelijke leningen omhoog aanpakken en zo onzakelijk handelen bestrijden.

Als het gaat om de onzakelijke lening omlaag, dan is artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969 (de belastingplichtige wordt geacht de onderneming te drijven met behulp van het gehele vermogen) van groot belang. De belastingplichtige moedermaatschappij leent een bedrag uit aan haar dochtermaatschappij en doet dat met een winstdoel. En nu wordt dit winstdoel in de jurisprudentie niet erkend, zodat het afwaarderingsverlies van een onzakelijke lening omlaag niet aftrekbaar is van de winst. De rechtszekerheid staat op gespannen voet met de terugwerkende kracht waarmee dit winstdoel wordt omgezet in een winstverdelingsdoel. En de winstverdeling is niet aftrekbaar (artikel 10 Wet VPB 1969) van de winst.

De rente die berekend moet worden bij een onzakelijke lening levert in de literatuur veel kritiek op. Het is zeker niet eenvoudig of duidelijk hoe die rente berekend moet worden. Eerst moet de rente bepaald worden middels de zogenaamde borgstellingsanalogie en daarna werd de rente berekend over de waarde in het economische verkeer van de lening.

Een in beginsel onzakelijk lening kan toch nog als zakelijk worden bestempeld als er sprake is van bijzondere omstandigheden. Een duidelijke en ruimere toepassing van bijzondere omstandigheden komt de rechtszekerheid van de belastingplichtige ten goede. Het voldoende gewicht-criterium kan een belangrijke uitbreiding zijn van het aantal gevallen waarin een bijzondere omstandigheid kan worden aangenomen.

Vanwege het feit dat ik het eens ben met het in de literatuur gemaakte onderscheid tussen de onzakelijke lening omlaag en de onzakelijke lening omhoog, wil ik ook de conclusie over het herkwalficeren van een onzakelijke lening naar eigen vermogen (zie de analyse in hoofdstuk 5) splitsen in twee delen.

De jurisprudentie / huidige stand van zaken omtrent de onzakelijke lening omhoog is mijns inziens nu goed te plaatsen in de huidige wet (totaalwinstconceptie). Dat is ook de heersende mening in de literatuur. Het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening omhoog is niet aftrekbaar van de winst vanwege die totaalwinstconceptie. De rechtszekerheid omtrent het afwaarderingsverlies van de onzakelijke lening omhoog wordt niet beïnvloed door die lening te herkwalficeren naar eigen vermogen. De rechtszekerheid blijft in beide situaties gelijk. Blijft de onzakelijke lening vreemd vermogen, dan is het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar vanwege de totaalwinstconceptie en moet die afwaardering fiscaal worden behandeld als een

onttrekking. Bij het herkwalficeren van de onzakelijke lening omhoog naar eigen vermogen wordt dit fiscaal ook behandeld als een onttrekking. Dus voor wat betreft de rechtszekerheid maakt het niet uit als het om het afwaarderingsverlies gaat. Alleen voor de rente op die lening is er wel een verschil. Op het moment dat de onzakelijke lening omhoog zou worden geherkwalficeerd naar eigen vermogen, wordt het probleem van het opnieuw vaststellen van een zakelijke rente op een onzakelijke lening opgelost. Dat zou voor wat betreft de rechtszekerheid en doeltreffendheid een verbetering zijn ten opzichte van de huidige situatie, want er is geen rente meer waarover onzekerheid kan bestaan. Indien er geen rente meer is, is de onzakelijke lening omhoog beter uitvoerbaar en dus doeltreffender. Indien de onzakelijke lening omhoog waardeloos is, de rente over die lening nihil (rente over de waarde van de lening in het economische verkeer) is en dat de kans op aflossing nihil is, dan is er geen sprake meer van een lening. Dat is een pleidooi om de onzakelijke lening omhoog te herkwalficeren naar eigen vermogen. Want ook in de huidige situatie wordt de afwaardering van de onzakelijke lening omhoog als een onttrekking gezien en dat is materieel hetzelfde als herkwalficatie naar eigen vermogen. Dus zou herkwalficatie van een onzakelijke lening omhoog naar eigen vermogen te prefereren zijn.

Daarmee is mijn conclusie dat voor de onzakelijke lening omhoog de herkwalficatie naar eigen vermogen een betere oplossing is dan de huidige praktijk. De belastingrechter heeft daarmee voor de onzakelijke lening omhoog niet de juiste keuze gemaakt.

Naar mijn mening is herkwalficatie van een onzakelijke lening omlaag geen betere oplossing voor de huidige praktijk. Het lost hooguit de problemen met eventuele rente op (het wordt eenvoudiger en beter uitvoerbaar), maar de geldverstreckende vennootschap verliest daarmee aan rechtszekerheid. Want een moedermaatschappij die aan een dochtermaatschappij een lening verstrekt doet dat als ondernemer om daar resultaat mee te behalen. De intentie (motief) van de moedermaatschappij is een lening en dat zou ook zo moeten blijven vanwege artikel 2 lid 5 Wet VPB 1969. Voor mij gaat het vooral vanwege de rechtszekerheid, het ondernemerschap van de geldverstreckende vennootschap, te ver om over te gaan tot herkwalficatie van de onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen. Maar naar mijn mening ligt het risico van het afwaarderingsverlies in de ondernemerssfeer. In de jurisprudentie wordt dit niet erkend, maar in de literatuur zijn vele auteurs van mening dat er geen wettelijke grondslag is voor een onzakelijke lening omlaag en dat deze lening dus als een gewone lening moet worden behandeld. Indien de onzakelijke lening omlaag zou worden behandeld als een gewone lening, dan zou de rechtszekerheid van de belastingplichtige sterk toenemen. Want dan is het afwaarderingsverlies op de onzakelijke lening omlaag gewoon aftrekbaar van de winst.

Het afwaarderingsverlies op de onzakelijk lening omlaag verhoogd in de huidige situatie het opgeofferde bedrag voor de geldontvangende vennootschap van de geldverstreckende vennootschap met hetzelfde bedrag als het afwaarderingsverlies. Daarmee kan uiteindelijk het afwaarderingsverlies toch verzilverd worden bij een eventuele liquidatie van de geldontvangende vennootschap. Het resultaat van het herkwalficeren van de onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen zal het opgeofferde bedrag ook doen toenemen. Daarmee wordt uiteindelijk hetzelfde resultaat bereikt. Maar bij herkwalficatie van de onzakelijke lening omlaag naar

eigen vermogen wordt naar mijn mening te veel inbreuk gemaakt op de rechtszekerheid, het ondernemerschap, van de geldverstekkende vennootschap. Vandaar dat mijn conclusie is de belastingrechter niet moet overgaan tot herkwalficatie van een onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen.

De eindconclusie en tevens antwoord op de probleemstelling is dat de belastingrechter er beter aan had gedaan om de onzakelijke lening omhoog te herkwalficeren naar eigen vermogen. De huidige lijn van de belastingrechter omtrent de onzakelijke lening omlaag is niet correct omdat er naar mijn mening geen wettelijke basis voor is. Herkwalficatie van de onzakelijke lening omlaag naar eigen vermogen zou dan op twee manieren fout zijn: 1) er is geen onzakelijke lening omlaag, dus herkwalficatie naar eigen vermogen is niet aan de orde en 2) er wordt dan een inbreuk gemaakt op het ondernemerschap van de geldverstekkende vennootschap. Een herbezinning van de belastingrechter over de onzakelijke lening omlaag is meer op zijn plaats.

Literatuurlijst

Albert 1995

P.G.H. Albert, 'Over onttrekkingen, winstuitdelingen en toetsing van het ondernemersbeleid', *FED* 1995/826.

Albert 2008

P.G.H. Albert, 'Is verlies op onzakelijke lening "omlaag" aftrekbaar?', *WFR* 2008/1226.

Albert 2014 - 1

P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening', *TFO* 2014/134.1.

Albert 2014 - 2

P.G.H. Albert, ' Afwaarderingsverlies onzakelijke lening 'opzij' is niet aftrekbaar', *WFR* 2014/357.

Albert 2014 - 3

P.G.H. Albert, 'De onzakelijke lening: hoe nu verder?', *WFR* 2014/724.

Albert 2017

P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening (Fiscaal Actueel nr. 23)*, Deventer: Kluwer 2017.

Arts 2015

J.H.M. Arts, 'De wettelijke grondslag van de onzakelijke lening', *WFR* 2015/314.

Auerbach 2018

X.G.R. Auerbach, 'Weg met de borgstellingsanalogie!', *WFR* 2018/140.

Bavinck 2018

C.B. Bavinck, 'Wanneer vindt de onttrekking bij de onzakelijke lening plaats?', *WFR* 2018/9.

Bouwman 2015

J.N. Bouwman 'Bijna honderd jaar eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting', *NTFR* 2015/1733.

Dool, van den, e.a. 2012

R.P. van den Dool e.a., *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2012.

Egelie 2008

W.F.E.M. Egelie, 'De onzakelijke lening in de vennootschapsbelasting', *NTFR* 2008/2375.

Elling & Tulp 2017

D.P. Elling & P. Tulp, 'Bijzondere omstandigheden in de onzakelijke-leningssfeer', *WFR* 2017/95.

Engelen & Van Scharrenburg 2008

F.A. Engelen & R. van Scharrenburg, 'Onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2008/705.

Ganzeveld & Hoeve 2011

J. Ganzeveld & H. Hoeve, 'Onzakelijke lening: de Hoge Raad als medewetgever', *NTFR* 2011/2910.

Heithuis, Kavelaars & Schuver 2011

E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting inclusief hoofdzaken loonbelasting*, Deventer: Kluwer 2011.

Hurk, van den, 2013

H.T.P.M. van den Hurk, 'De onzakelijke lening, het paard nog steeds achter de wagen ...', *WFR* 2013/450.

Marres 2015

O.C.R. Marres, 'At arm's length winstbepaling', *NTFR* 2015/2813.

Nieuweboer 2012

M. Nieuweboer, 'Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!', *NTFR* 2012/292

Okhuizen 2018

E.C.G. Okhuizen, 'Verstrikt in de netten van de onzakelijke lening, een pleidooi voor eenvoud', *FED* 2018/18.

Schlössels & Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Onderwijseditie Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

Snijders 2019

H.J. Snijders, 'Modellen voor de Rechtspraak I.7.2C.1', actueel t/m 15-09-2019.

Soeten, de, 2014

G.H. de Soeten, 'De onzakelijke (debiteurenrisico-)lening: een goede rechtsontwikkeling?', *NTFR* 2014/7.

Lijst van geraadpleegde jurisprudentie

HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB 1988/217*, m.nt. G. Slot.

HR 11 maart 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AA2453, *BNB 1998/208*, m.nt. G. Slot.

HR 8 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:BI7871, *BNB 2002/210*, m.nt. P.H.J. Essers.

HR 14 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AB2865, *BNB 2002/290*, m.nt. G.T.K. Meussen.

HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5958, *BNB 2006/82*, m.nt. D. Juch.

HR 8 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2327, *BNB 2007/104*, m.nt. A.H.M. Daniels.

HR 18 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9548, *BNB 2008/139*, m.nt. P.G.H. Albert.

HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB 2008/191*, m.nt. P.G.H. Albert.

HR 14 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442 (concl. A-G P.J. Wattel).

HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB 2012/37*.

HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4807, *BNB 2012/38*, m.nt. P.G.H. Albert.

HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2735, *V-N 2013/13.11*.

HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6552, *BNB 2013/149*, m.nt. W.F.E.M. Egelie.

HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW1971, *BNB 2013/170*, m.nt. P.G.H. Albert.

HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, *BNB 2014/98*, m.nt. P.G.H. Albert.

HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, *BNB 2015/141*, m.nt. W.F.E.M. Egelie.

HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2340, *BNB 2017/6*, m.nt. P.G.H. Albert.

HR 17 augustus 2017, ECLI:NL:PHR:2017:819 (concl. A-G R.E.C.M. Niessen).

Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4427, *V-N 2018/8.13*.